

LE CONTRAT D'ENZEL EN DROIT TUNISIEN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 20 Mai 1935, à 13 heures 30

PAR

Albert SCEMLA

Diplômé de l'École libre des Sciences politiques
Avocat au Barreau de Tunis

JURY.	{	Président	M. MAUNIER, professeur.
		Suffragants {	MM. R. PICARD, professeur. SOLUS, professeur.

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON et Cie

160, RUE SAINT-JACQUES

1935

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LE CONTRAT D'ENZEL EN DROIT TUNISIEN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 20 Mai 1935, à 13 heures 30

PAR

Albert SCEMLA

Diplômé de l'École libre des Sciences politiques
Avocat au Barreau de Tunis

JURY. { *Président* M. MAUNIER, *professeur.*
 { *Suffragants* } MM. R. PICARD, *professeur.*
 SOLUS, *professeur.*

PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON et Cie
160, RUE SAINT-JACQUES

1935

*37069



ABRÉVIATIONS

A	Cour d'Appel d'Alger
B	Berge ou journal des Tribunaux de la Tunisie
B. 93.101 ...	Berge, année 1893, page 101.
C. T. O. C. .	Code Tunisien des Obligations et Contrats.
Driba	Tribunal de première instance indigène
J. de P.	Justice de Paix.
Ouzara	Juridiction d'appel des tribunaux de première instance indigènes.
R. A.....	<i>Revue Algérienne et Tunisienne de législation et de jurisprudence.</i>
R.A. 92.2.101	<i>Revue Algérienne</i> , année 1893, deuxième partie, page 101.
S	Tribunal de Sousse.
T	Tribunal de Tunis.
T. mixte ...	Tribunal Mixte de la Tunisie.

INTRODUCTION

Lorsque la France a étendu à la Tunisie le bénéfice de sa protection, elle a trouvé devant elle un Etat en pleine anarchie fiscale, administrative et judiciaire.

Le rôle que l'autorité protectrice s'était imposé et s'impose encore aujourd'hui était de réformer et de remettre sur pied ce qui, dans cette anarchie, était utile, viable ou bon et d'instaurer, d'innover ou de modifier ce qui était inexistant, non viable ou nuisible.

Il ne nous appartient pas d'apprécier si elle a réussi dans son rôle; des plumes plus autorisées que la nôtre ont rendu hommage à l'œuvre accomplie par la France en Tunisie dans tous les domaines et plus particulièrement dans le domaine judiciaire.

Elle se trouvait en présence d'une législation coutumière basée sur les commentaires du Coran et appliquée par des magistrats religieux, la plupart pleins de bonne volonté, mais souvent ignorants.

Elle a remédié à l'inexistence de législation écrite par la promulgation lente et réfléchie d'un grand nombre de textes réglementant et régissant la plupart des rapports humains.

Elle a organisé un corps de magistrats instruits et capables, et créé des tribunaux séculiers et religieux dont elle a réglementé et assuré le juste et libre fonctionnement.

d'entretenir les constructions ou les plantations en dépendant et d'en tirer un revenu, les juristes arabes imaginèrent d'autoriser les bénéficiaires à se substituer une autre personne, qui, moyennant le paiement d'une redevance annuelle, en acquérait la jouissance.

Sur la pression des preneurs, cette jouissance devint rapidement perpétuelle et la redevance fut fixée une fois pour toute avec comme garantie le bien donné à enzel. Puis, jouissance et redevance sont lentement devenues transmissibles et la redevance irrachetable.

Poursuivant son évolution, l'institution est sortie du cadre étroit des biens habous et s'est étendue aux biens melk. A l'heure actuelle, l'enzel est une propriété grevée d'un droit réel ou, pour être plus explicite, diminuée du droit à une redevance perpétuelle.

Dès l'occupation, l'administration française s'est vue dans la nécessité de modifier tout le système foncier tunisien. Le *statu quo* était, en effet, trop dangereux pour les futurs colons et propriétaires.

Mais par ailleurs, la modification obligatoire et brutale de ce système foncier paraissait impossible et inopportune pour de multiples raisons religieuses, politiques, économiques et financières. On décida donc de procéder à une réforme facultative.

Que devait être cette réforme ? Devait-on essayer d'acclimater en Tunisie le régime foncier français ? Cela a paru impossible. Ce régime présente en droit de multiples inconvénients qui, en pratique, s'éliminent à raison de l'existence en France d'un notariat consciencieux et d'archives bien tenues ; tout cela ne pouvait du jour au lendemain être acclimaté en Tunisie.

Les dirigeants du protectorat eurent l'heureuse idée de se tourner vers l'étranger et d'observer ce qui se passait. Ils furent séduits par le système foncier de l'Australie, connu sous le nom de système « Torrens » et qui consiste à individualiser chaque bien immeuble en l'immatriculant dans un registre et en inscrivant, sur autant de feuilles qu'il est nécessaire, sa description physique et l'indication de son état juridique. De plus, le système Torrens dispose que toute modification, pour être opposable aux tiers, doit faire l'objet d'une inscription sur le « livre foncier ». Tout acte non inscrit sur les feuillets du registre relatif à la propriété dont il modifie l'état juridique ou matériel, est inopposable aux tiers. Ceux-ci sont donc entièrement garantis et peuvent traiter en toute confiance après avoir pris communication du livre foncier.

En Australie, la première description de l'état juridique de l'immeuble à inscrire sur le livre foncier était aisée. Tous les propriétaires tenaient en effet, directement ou indirectement, leurs droits de la Couronne, seule propriétaire du sol de l'Australie. Il était donc facile de remonter dans le temps la liste des propriétaires et de vérifier les droits de chacun. Le fonctionnaire chargé d'établir les titres et d'en délivrer des copies aux intéressés pouvait faire ce travail.

En Tunisie, il n'en était pas de même. Les droits des propriétaires et titulaires de droits réels étaient et sont généralement mal définis et sujets à contestations. Pour trancher ces conflits et ces contestations, il fut décidé qu'un tribunal mixte, composé de magistrats français et de magistrats indigènes collaborant ensemble, examinerait souverainement et en dernier ressort les demandes d'immatriculation qui seraient formulées par les propriétaires

ou titulaires de droits réels et établirait l'état juridique des immeubles au jour de la demande d'immatriculation.

Nous devons également signaler qu'un important décret, promulgué le 23 janvier 1935, a codifié et modifié le régime foncier des immeubles non immatriculés.

Ce décret, qui a pour but de préparer l'immatriculation de tous les immeubles sis en Tunisie, crée des registres fonciers obligatoirement ouverts, soit d'office, soit sur la demande des intéressés, dans lesquels chaque parcelle de terre est identifiée par un numéro et par un nom et dans lesquels sont consignées, lorsqu'elles se sont manifestées dans un certain délai, toutes les prétentions de ceux qui déclarent avoir des droits sur l'immeuble. Le délai écoulé, il ne peut plus être formulé de nouvelles prétentions sur l'immeuble, opposables aux tiers.

Il en résulte que les tiers qui traiteront avec un titulaire de droits réels seront, par la simple lecture du feuillet relatif à cet immeuble, renseignés sur l'étendue des droits de leurs cocontractants et sur les prétentions de ceux qui se targuent de droits sur l'immeuble; ils ne traiteront donc qu'en connaissance de cause.

Le décret stipule également qu'une fois le feuillet établi, tout acte, convention ou jugement, quelle que soit sa nature, n'est opposable aux tiers que s'il a été inscrit ou prénotté sur le feuillet. Les tiers n'auront donc pas à souffrir des conséquences d'actes non inscrits.

CHAPITRE PREMIER

LES ORIGINES DU CONTRAT D'ENZEL

Section I. — Les origines anciennes de l'enzel.

La Tunisie, une fois conquise par les Romains, fit partie intégrante de cet empire et subit toutes les répercussions économiques dont ils souffrirent.

La tenure à enzel paraît issue de l'une de ces convulsions économiques, en l'espèce, la naissance, puis l'extension, aux premier et deuxième siècles de notre ère, de la très grande propriété des *latifundia* ou *sallus*.

En effet, au premier et au deuxième siècle de notre ère, l'Afrique du Nord était profondément atteinte de ce mal dont l'empire romain a tellement souffert : les riches propriétaires urbains étaient arrivés, d'empiètements sur l'*ager publicus* en empiètements sur l'*ager publicus*, à se créer d'immenses domaines dont leurs héritiers ne surent que faire et qu'ils durent abandonner, dit Columelle (*De Re Rustica*, I. 3) « aux bestiaux et aux bêtes féroces qui les ravageaient ».

L'Afrique du Nord, si l'on veut en croire une phrase de Pline l'Ancien, « *sex domini semessen Africae possidebant, cum interfecit eos Nero princeps* », devait être couverte de ces propriétés et la Tunisie n'en devait pas être exempte : Une inscription remontant à l'an 182 de l'ère chrétienne, décou-

verte en 1880 à Souk El Khemis, sur la route de Carthage à Bulla-Regia, entre Sidi-Ali-Djebiri et l'enchir El Karia, connue sous le nom d'inscription de *Saltus Burunitanus*, en est la preuve matérielle.

Ces énormes propriétés qui, au ¹^{re} siècle de notre ère, étaient en friche, sont, sous Trajan, toutes cultivées. Que s'était-il passé ? Les Romains avaient trouvé le moyen de mettre en valeur ces propriétés que la main-d'œuvre servile ne pouvait exploiter. Ils avaient appelé sur leur sol des cultivateurs, et, pour les y attacher, les avaient dotés d'un statut particulier, celui des *coloni*. Entre les *coloni* et le maître du sol, est intervenu une convention qui déclare les *coloni* attachés à perpétuité à la terre qu'ils s'engagent à cultiver sans que rien ne puisse donc les en séparer. Les *coloni* cultivent la terre pour leur seul bénéfice moyennant le versement d'un fermage annuel et invariable au maître du sol. Le *colonus*, mise à part la perte de la liberté de ses mouvements qui s'explique par des raisons d'ordre politique, a donc, vis-à-vis du propriétaire du sol et moyennant le paiement d'une redevance invariable, une tenure perpétuelle. (Voir sur le caractère perpétuel de la tenure, Constantin, C. J., 2, *De agric. et cens*, XI.47;—Valens C. J. 3, *De mancip. et colon.*, XI.62; — Hermenopoulo, III, p. 287 et sur l'invariabilité de la rente, Valens et Valentinien, C. J., 5, *De agric. et cens.*, XI.47 et l'*actio injuriarum*, Arcadius, C. J. in quib. caus. XI.49. — Voir également la plainte des *coloni* du Saltus Burunitanus à l'empereur Commode contre le propriétaire qui voulait augmenter leur redevance et qui violait un contrat (*ferma*) destiné à rester perpétuel (*perpetua*).

Ces deux caractères de perpétuité de la tenure et de

fixité de la redevance, qui caractérisent la tenure du *colonus*, se retrouvent dans l'enzel.

Reste à déterminer comment l'institution romaine dont nous venons d'esquisser les caractères est passée dans la législation coutumière musulmane.

La seule explication de la persistance de ce mode de tenure s'explique par la profondeur de l'empreinte romaine en Afrique du Nord. M. Reclus n'a-t-il pas déclaré (*Géographie moderne*, p. 329) que « les Romains n'ont pas péri en Tunisie et semblent y être plus présents par leurs œuvres que ne le sont les colons français » ? Il résulte d'ailleurs, des lettres de Grégoire le Grand (*Lettres*, IV-219) qui furent écrites vers la fin du vi^e siècle, qu'à cette époque, l'usage de cette tenure était encore en pleine force et prospérité. Il est donc très probable que les légistes musulmans la connaissaient, tout au moins indirectement et par le canal du droit byzantin. Il ne faut, par conséquent, pas s'étonner, quoique l'on soit presque sans renseignements sur ses vicissitudes pendant de nombreux siècles, de la voir réapparaître en Tunisie au xvi^e siècle, à la faveur de la domination turque et des enseignements du droit byzantin.

Les Beys concédèrent, en effet, d'immenses domaines au profit de puissants personnages qu'ils voulaient s'attacher ou récompenser. Ceux-ci, habitant en Turquie, se trouvèrent rapidement à la tête d'énormes propriétés appelées « enchirs » qu'ils furent incapables d'exploiter eux-mêmes.

Les mêmes causes engendrant les mêmes effets, les propriétaires de ces nouvelles *latifundia* se virent obligés de les louer aux habitants du pays. Le souvenir latent de ce qui avait existé plusieurs siècles auparavant a, vraisemblablement, amené ces habitants, bergers et laboureurs qui en avaient la tradition orale dans le sang et qui en voyaient

les traces ineffaçables dans le sol qu'ils cultivaient, à donner à leur location les deux caractères de perpétuité que nous avons indiqués. Sans doute, cela n'a pas dû se faire sans lutte. Néanmoins, c'est la source probable de l'enzel et c'est à ces tenures que les juristes musulmans ont naturellement et inconsciemment pensé lorsqu'ils se sont trouvés, beaucoup plus tard, dans la nécessité de tourner la règle de l'inaliénabilité des biens habous.

Cette origine ancienne de l'enzel est contestée par un éminent arabisant, M. Abribat, pour qui la source de ce contrat doit être recherchée dans l'emphytéose perpétuelle des Romains.

D'après cet auteur, on ne peut distraire du colonat sa caractéristique essentielle, qui est de réagir sur la condition du colon, véritable serf de la glèbe, fermier non volontaire, nécessairement cédé avec le fonds. Or, aucun des caractères de l'enzel ne rappelle, même de loin, même fugitivement, le lien existant entre le colon et le fonds.

Par contre, M. Abribat estime que les Arabes ont connu l'emphytéose perpétuelle, qu'ils l'ont adoptée comme ils ont adopté les contrats de nantissement immobilier et de location des Romains et qu'ils en ont emporté la tradition et l'ont installée au fur et à mesure de leur pénétration dans les pays qu'ils ont conquis. M. Abribat pense que les jurisconsultes arabes ont connu le droit romain en passant par le canal du droit byzantin et, en présence des situations nouvelles créées par la naissance et le développement du « habous », ont trouvé dans ce droit, les tempéraments qu'ils ont apportés à ce que la doctrine des habous avait de trop absolu.

Il parait possible de concilier les deux thèses : les souvenirs du colonat romain, toujours vivaces en Afrique du Nord,

ont dû faciliter l'introduction des contrats de quasi-aliénation d'origine romaine, auxquels les juristes musulmans ont dû penser, lorsque les problèmes posés par l'inaliénabilité des biens habous se sont présentés à eux. Souvenirs latents et connaissances doctrinales du droit romain se sont épaulés et ont permis aux nouvelles tenures de s'imposer juridiquement et de s'établir en fait.

Section II. — Les origines récentes de l'enzel.

Les origines récentes, actuelles presque, de l'enzel doivent être recherchées dans l'institution du habous.

Le habous, d'après l'analyse la plus répandue, est une institution spéciale au droit musulman, suivant laquelle le propriétaire musulman d'un bien, agissant dans une intention pieuse, le rend inaliénable pour en affecter la jouissance au profit d'une œuvre pie, soit immédiatement, soit à l'extinction des bénéficiaires intermédiaires qu'il désigne.

Le caractère principal du habous est donc l'inaliénabilité et les praticiens musulmans ont toujours soin de le rappeler à grand renfort de menaces dans les actes d'institution de habous. Mais entre la lettre et l'esprit, il y a toujours place et, les faits venant à démontrer la trop grande rigidité des principes, l'ingéniosité des juristes a ouvert dans le principe de l'inaliénabilité absolue des brèches importantes.

Biens de main morte, qu'ils fussent publics ou privés, les habous furent, par la force même des choses et comme presque tous les biens de main morte, mal administrés et, si dans les débuts de l'hégire, les administrateurs (mokadems) et les autorités (cadis) tinrent la main à la conservation des biens habous, il n'en fut pas longtemps ainsi. Avec le

relâchement de la piété, les cadis confièrent l'administration des habous à des mokadems choisis parmi des parents ou amis, avec lesquels ils s'entendirent pour partager les bénéfices, sans presque rien remettre à la fondation pieuse dont ils surveillaient ou administraient le patrimoine. De nombreux auteurs, parmi lesquels Ibn Khaldoun, Ahmed Edderdir, Ibn Abidine, s'élevèrent contre cette dilapidation, mais ils ne purent arrêter ces pratiques, qui souvent furent encouragées par les monarques. Il arrivait même souvent que ceux-ci, qui, dans l'Islam, étaient, en même temps que chefs temporels, chefs spirituels, distribuaient à titre de prébende, des biens habous à leurs gens d'armes et favoris.

Les conséquences de cet état de choses ne tardèrent pas à se faire sentir; les immeubles bâtis restaient sans réparations et tombaient en ruines, les domaines ruraux restaient en friche et les olivettes disparaissaient. En effet, les mokadems et cadis n'avaient aucun intérêt à tirer de l'argent frais de leurs coffres pour réparer ce qu'ils détenaient temporairement, et les locataires et fermiers n'avaient aucun intérêt à réparer, améliorer, amender, cultiver et faire fructifier, au risque d'être évincés sans pouvoir récupérer leurs impenses; il fallait de toute nécessité garantir à ces locataires, à ces fermiers, seuls intéressés au maintien en bon état des biens habous, la perpétuité de leur tenure, à charge par eux de verser aux dévolutaires du habous, le revenu normal du bien habous au moment de leur prise de possession. Les souvenirs historiques existant à l'état latent dans le pays aidant, les cadis finirent par autoriser les mokadems à consentir aux locataires des baux de très longue durée. Peu à peu, lentement et avec des modalités différentes, suivant les circonstances de lieu et

de temps, naquirent différents modes de tenures consistant en quasi-aliénations ou locations perpétuelles. Puis ces tenures variées, aux caractères nombreux et multiples, après s'être développées brillamment, finirent par créer de tels conflits, en raison de l'absence de définition précise des droits des parties, que la coutume et le législateur les ont progressivement supprimées ou interdites, jusqu'à les ramener à deux : l'enzel et le kirdar, le deuxième n'étant d'ailleurs qu'une modalité du premier.

CHAPITRE II

LES TENURES PERPETUELLES AUTRES QUE L'ENZEL AYANT EXISTE EN TUNISIE

Nous venons de voir comment est né le contrat d'enzel et nous avons indiqué qu'à côté de ce contrat naquirent différentes tenures qui s'apparentent à l'enzel par leur caractère de perpétuité.

Mais dans ces tenures perpétuelles, un caractère principal qui n'existe pas dans la tenure à enzel, se remarque. Il y a copropriété entre le bailleur et le preneur avec toutes les conséquences y attachées, alors que dans la tenure à enzel, le preneur devient seul propriétaire, le bailleur ne conservant qu'un droit réel sur la propriété.

Avant d'aborder l'examen de la tenure à enzel, qui seule a survécu pratiquement, il convient de donner quelques renseignements sur les tenures où il y a copropriété, tenures dites à « khoulou », qui, malgré leur disparition, sont d'un grand intérêt historique.

Section I — Du khoulou en général.

La tenure à khoulou intervient quand un immeuble appartenant à une fondation pieuse tombe en ruines ou ne peut être exploité et que l'administrateur ou le bénéficiaire ne tire pas de ses revenus une somme suffisante pour le

restaurer ou l'exploiter et se trouve par conséquent dans l'impossibilité de le céder à bail moyennant un loyer lui permettant de remettre l'immeuble habous en bon état. Elle consiste à autoriser un tiers à procéder à cette remise en état ou à cette mise en mesure d'être exploité, en conservant la propriété de ses impenses, mais à charge de partage, au prorata de la plus-value, des fruits naturels ou civils entre lui et la fondation pieuse. Le droit réel ainsi acquis par le preneur est évidemment transmissible entre vifs et à cause de mort, gratuitement ou à titre onéreux.

Les auteurs arabes analysent ce droit comme une copropriété déterminée par la convention et dans laquelle, moyennant le versement d'une redevance et la prise en charge des premières impenses nécessaires à la remise en état, la propriété indivise, l'essence même de l'immeuble, le domaine pour ainsi dire éminent, appelé « Rakabat » (qui consiste dans les gros murs et la toiture) revenait au propriétaire et le reste (khoulou) au tenancier.

Cette tenure naquit lorsque les juristes arabes imaginèrent de donner à des locataires qui prenaient en charge de réparer les immeubles en ruines ou de faire fructifier les propriétés rurales, le droit d'utiliser ces fonds à titre perpétuel, à charge par eux de verser à la fondation habous une redevance.

Grâce à la cession à « khoulou », la fondation pouvait subsister sans avoir à se préoccuper de l'administration de ses biens et les locataires pouvaient faire des impenses, sûrs qu'ils étaient d'en profiter suffisamment.

Ces pratiques donnèrent naissance à toute une série de baux perpétuels, dans lesquels les commentateurs fixaient la proportion de copropriété restant aux parties, d'une manière assez curieuse. Lorsque l'immeuble donné à

khoulou n'était ni en ruines, ni en friche et n'était cédé à khoulou que parce qu'il ne produisait plus de fruits civils ou naturels en quantité suffisante, la fondation conservait un droit de copropriété basé sur la diminution de loyer qu'entraînait l'aliénation du khoulou (domaine utile). Lorsque l'immeuble cédé était en ruines ou en friche, la proportion de copropriété du tenancier était en raison de la plus-value que les impenses faites par lui avaient apportée à l'immeuble.

La cession à khoulou des biens habous ne pouvait avoir lieu qu'à titre exceptionnel (emploi, entretien, restauration), tandis que celle des biens melk, qui fut admise dès que ces baux perpétuels entrèrent dans les mœurs, pouvait toujours avoir lieu.

Section II. — Les différents khoulou.

La tenure à khoulou, dont nous venons d'indiquer l'origine, a donné naissance à des contrats nombreux sur lequel nous croyons utile de donner quelques détails.

1° **Khoulou El Meftah.** — C'est celui dont le caractère se rapproche le plus de la définition générale. Son nom (khoulou de la clef) provient de ce qu'en Tunisie, la clef est le symbole de la jouissance et synonyme d'usage du local.

Il se forme contractuellement par écrit, lorsque le propriétaire d'un immeuble ou l'administrateur d'une fondation pieuse concède à un tiers le droit d'occuper l'immeuble à titre perpétuel, à charge par le preneur de le réparer, de l'entretenir et de payer une redevance déterminée.

Cette tenure est réglementée par les articles 984 à 990 du Code tunisien des obligations et contrats.

Elle ne peut s'appliquer telle quelle aux immeubles immatriculés, le Conservateur de la propriété foncière refusant de l'inscrire autrement qu'à titre d'enzel. Aussi est-elle pratiquement tombée en désuétude par non-usage.

D'après le Code tunisien des obligations et contrats, elle n'est opposable aux tiers que si l'acte constitutif est enregistré. Le tenancier à khoulou ne peut imposer de servitudes, ni constituer d'hypothèques, ni faire aucun acte de disposition concernant la propriété. Il n'a donc sur la propriété qu'un simple droit d'occupation héréditaire. Ce droit est cessible de toutes manières et peut être donné en nantissement. Les réparations qui seront par la suite nécessaires au bon entretien de l'immeuble qui en est grevé, sont à la charge commune du tenancier et du propriétaire, au prorata de leurs intérêts dans l'immeuble.

2° **Khoulou El Djelçat.** — Le khoulou El Djelçat était un droit qu'obtenait un locataire lorsqu'il avait occupé la même boutique pendant de longues années consécutives, au point que le local fût plus connu sous son nom que sous celui du propriétaire.

L'origine de ce contrat doit être recherchée dans le régime des corporations, qui parquait chacun dans sa rue les différents commerces et a amené, en raison du nombre restreint de commerçants exerçant dans une même rue, chaque locataire à occuper fort longtemps son magasin et à refuser toute augmentation de loyer, certain qu'il était de n'être pas évincé par un concurrent offrant un prix meilleur.

Le contrat se formait tacitement par la longue occupation et le droit qui en découlait devenait si consistant, qu'il pouvait être aliéné à titre onéreux ou gratuit. Ce khoulou n'entraînait aucune copropriété entre bailleur et locataire

et les impenses étaient à la charges du locataire. Il disparut dès que les circonstances économiques spéciales qui avaient présidé à sa naissance disparurent.

3° Khoulou En-Nasbat. — Le koulou En-Nasbat était un droit d'usage perpétuel qu'acquérait le preneur d'un immeuble melk ou habous, en servant au propriétaire le loyer convenu et en installant dans l'immeuble son outillage (des étagères [nasbat], balances, meubles, etc...). Le droit d'usage était accordé en considération de ce qu'en garnissant l'immeuble de son outillage, le locataire contribuait à le mettre en état de productivité. Le bénéficiaire de ce droit n'était pas copropriétaire et les réparations de la chose louée incombaient au propriétaire. Le khoulou En-Nasbat était transmissible sans aucune restriction.

Le droit d'usage accordé par cette tenure au locataire prend sa source dans l'occupation ottomane. En effet, les Turcs qui s'établirent dans le pays louèrent des boutiques, puis, lorsqu'à l'expiration de la location, on voulut les en expulser, ils se plainquirent en haut lieu d'avoir fait des impenses. Pour leur donner satisfaction, on imposa aux propriétaires ou aux mokadems le remboursement des impenses. Ce remboursement ne pouvant dans la plupart des cas être effectué, les locataires se maintinrent dans les lieux en continuant à payer le même loyer.

En 1861, le gouvernement voulut obliger les preneurs à nasbat à payer une redevance variable suivant la plus-value de l'immeuble, mais un recours fut introduit par les intéressés devant les tribunaux qui venaient d'être constitués et ceux-ci durent reconnaître le bien-fondé de leur réclamation.

Cette tenure, qui donnait lieu à d'innombrables conflits,

fut interdite pour l'avenir dans les premiers jours du protectorat.

Le nouveau Code tunisien des obligations et contrats, promulgué le 15 décembre 1906, définit cette institution dans ses articles 991 à 994 et dispose que cette tenure n'est juridiquement reconnue que si elle existait antérieurement à l'année 1280 de l'hégire (1860 de l'ère chrétienne).

De plus, comme le Conservateur de la propriété foncière refuse d'inscrire cette tenure, non reconnue par la loi foncière, celles actuellement existantes sont généralement transformées en tenures à enzel lors de l'immatriculation des immeubles qu'elles grèvent.

4° **Le Kouik.** — Il ressemble au khoulou en-nasbat, mais avec cette particularité que la redevance était variable suivant la valeur locative de l'immeuble à dire d'experts. Le nouveau Code tunisien des obligations et contrats n'en fait pas mention particulière et l'étudie sous le titre général des enzels à redevance variable. Il peut donc actuellement être assimilé au « kirdar ».

5° **Djedariat.** — La djedariat était le droit qu'obtenait le locataire d'une propriété rurale de rester à demeure sur l'immeuble en payant invariablement le même fermage. Ce droit était accordé en raison de ce qu'il avait cultivé le sol durant de longues années et l'avait vivifié. Cette tenure fut abolie en 1838, mais ses caractéristiques se retrouvent en partie dans les contrats de « mogharssa » ou « bail à complant », qui sont très fréquents en Tunisie.

6° **Khoulou El Hazakat.** — Il s'agit d'une institution créée par les israélites de Tunisie et dont l'origine est des plus curieuse, certains allant jusqu'à la faire descendre d'une institution appelée d'un nom identique (devenue

par suite de corruption « gazaga ») et propre aux juifs de la ville de Rome.

La gazaga des juifs romains a été créée par le pape Clément VIII pour obvier à la crise de logement dont souffraient les juifs qui, du fait des décrétales de Paul IV, ne pouvaient être propriétaires, ni quitter le quartier juif où, à raison du surpeuplement, ils payaient des loyers exagérés.

Clément VIII décida qu'en fin de bail et moyennant le paiement du loyer primitivement établi, les locataires juifs pourraient se maintenir dans les lieux sans risquer d'être expulsés par les propriétaires chrétiens. Les impenses faites par ces derniers étaient supportées en partie par les locataires, qui devaient payer annuellement, en sus de leur loyer, 5 % du montant de ces impenses.

Sous le pape Alexandre VII, la situation s'était renversée et les locaux vacants étaient nombreux. Ce pape maintint la gazaga à charge par la communauté juive de payer le loyer des locaux vacants. Innocent XII fixa forfaitairement le montant de la valeur locative des locaux vacants à 12 % du montant total des loyers payés par les juifs et Clément XIV déclara nulles les renonciations à la gazaga.

En 1807, Pie VII, à la suite de la réforme du cadastre, assimila ce droit à l'emphytéose. Puis la constitution italienne rendit impossible la création de nouvelles gazagas.

Nous ne pensons pas, malgré la similitude de nom, que la hazakat des juifs de Tunis provienne de Rome. Il semble plutôt que des causes identiques engendrant des effets identiques, le surpeuplement a amené, dans des pays différents, des institutions juridiques relativement similaires.

En Tunisie, les Beys imposèrent aux juifs l'obligation d'habiter un quartier spécial, de superficie très modeste et leur interdirent de posséder des immeubles.

Il en résulta, d'une part, des exigences sans bornes des propriétaires et, d'autre part, une surenchère féroce entre les israélites candidats locataires. C'est alors que les rabbins et les dirigeants de la communauté juive de Tunis imaginèrent de décider qu'aucun juif ne pourrait prendre en location un local dans le quartier juif sans le consentement exprès du premier occupant ou de ses ayants droit.

Cette prescription, qui a dû être assortie de sanctions religieuses, fut rigoureusement observée et amena la création d'un véritable droit au profit du premier locataire, droit transmissible à titre onéreux ou à titre gratuit entre vifs ou à cause de mort.

Pour s'assurer de la qualité du premier occupant bénéficiaire de la Hazakat, le locataire allumait devant témoins une lampe.

Il est évident que ce droit n'était pas juridiquement opposable au propriétaire, mais pratiquement, celui-ci était tenu de l'observer, car d'une part, aucun musulman n'aurait consenti à habiter le quartier israélite et, d'autre part, aucun juif n'aurait, par solidarité ou par crainte religieuse, passé outre aux droits de ses coreligionnaires.

Ce droit disparut en 1861, lorsque fut levée la double interdiction faite aux juifs d'habiter ailleurs qu'à la « hara » et d'acquérir des biens immeubles. Ce n'est plus aujourd'hui qu'un souvenir historique.

CHAPITRE III

NATURE ET DEFINITION DU CONTRAT D'ENZEL

Section I. — Quelle est la loi applicable à la tenure à enzel.

Avant d'essayer de définir la tenure à enzel et de déterminer quelle est sa nature et en quoi elle consiste, il nous faut rechercher à l'empire de quelle loi, de quelle législation est soumise la tenure à enzel.

§ 1. *Immeubles immatriculés.*

Lorsque l'immeuble est immatriculé, la loi applicable sera la loi foncière et, en ce qu'elle n'a de contraire à cette loi foncière, la loi française (art. 1 et 2 de la loi du 1^{er} juillet 1885).

L'opinion contraire, soutenue par M. Labbé, qui voudrait voir appliquer, tout au moins en ce qui concerne les obligations des parties, le Code tunisien des obligations et contrats promulgué le 15 décembre 1906, ne nous paraît pas devoir être retenue. La loi du 1^{er} juillet 1885 est en effet une loi française votée par le parlement français ; il est juridiquement impossible qu'un simple décret tunisien soit venu modifier cette loi. C'est cependant ce qu'il faudrait admettre, si l'on estime que les prescriptions du Code tunisien des obligations et contrats relatives au contrat d'enzel s'appliquent aux immeubles immatriculés. En effet, la loi

du 1^{er} juillet 1885 dispose par exemple que le débiteur-enzeliste n'est pas tenu indéfiniment sur sa fortune personnelle des arrérages de l'enzel et que l'action personnelle du créancier-enzeliste n'est que subsidiaire, alors que le Code tunisien des obligations et contrats dispose exactement en sens contraire. Il nous faut donc rejeter, en plein accord avec la jurisprudence, l'opinion que nous venons d'exposer (T. 13 juin 1892, R. A. 92.2.418 et sur appel A. 2 nov. 1895, R. A. 96.2.482; T. 7 févr. 1900, R. A. 00.2.450, A. 18 nov. 1901, R. A. 02.2.129; T. 23 avr. 1902, R. A. 05.2.136, A. 1^{er} févr. 1912, R. A. 13.2.205).

§ 2. Immeubles non immatriculés.

Les actions relatives à des immeubles non immatriculés devaient, jusqu'à la mise en application du décret du 23 janvier 1935, être jugées selon les principes du droit musulman.

Cependant les tribunaux français n'ont pas toujours été de cet avis et, à plusieurs reprises, notamment en matière de prescription des arrérages de la rente, ils ont appliqué pour des raisons d'ordre public (T. 22 oct. 1889, B. 90.110; T. 29 déc. 1891, B. 92.346; T. 13 mars 1893, B. 93.131, Sousse, 7 déc. 1899, B. 00.380) ou d'analogie (T. 22 oct. 1889, B. 90.110), le droit français. En réalité, la seule loi applicable est la loi tunisienne, puisqu'il est de principe en droit que la loi applicable à un immeuble est celle du lieu où il se trouve (T. 27 févr. 1888, B. 94.298; Sousse, 11 oct. 1889, R. A. 90.2.42 et 19, A. 8 janv. 1890, R. A. 90.2.44; A. 30 janv. 1897, R. A. 98.2.333; T. 2 juill. 1898, B. 01.212; T. 20 mai 1908, B. 08.555), quelle que soit la nationalité des parties en cause (T. 26 mars 1898, R. A. 98.2.282) et sans que les notions d'ordre public puissent intervenir, car elles sont en cette matière purement métropolitaines.

Cette manière de voir évite d'ailleurs ce résultat bizarre de livrer au pur hasard la détermination de la loi applicable à un immeuble, alors que la doctrine primitivement soutenue par les tribunaux français faisait dépendre la loi applicable à l'immeuble de la nationalité des parties.

Il faut donc appliquer à l'étude de l'enzel les principes du droit tunisien.

Mais quels sont ces principes ?

Avant la promulgation du décret du 23 janvier 1935, étaient-ils ceux de la coutume en usage avant la promulgation du Code tunisien des obligations et contrats ou ceux de ce Code, promulgué le 15 décembre 1906 ?

Les tribunaux français de Tunisie ne paraissent même pas s'être doutés de l'existence de cette question. C'est ainsi qu'un jugement rendu en 1908 (T. 20 mai 1908, B. 08.555) après avoir posé le principe qu'en matière d'immeuble non immatriculé, la loi applicable est celle du statut réel de l'immeuble, c'est-à-dire la loi tunisienne, a admis sans discussion que la prescription des arrérages s'opérait, par application de cette loi, en dix ou quinze ans suivant le rite religieux choisi par le défendeur au procès. Or, l'article 408 du Code tunisien des obligations et contrats fixe en cette matière la durée de la prescription à cinq ans.

Par ailleurs, il existe, sur d'autres matières que celles qui nous intéressent, de très nombreux jugements récents, qui appliquent purement et simplement ces règles du droit musulman d'avant la codification et ne tiennent aucun compte de la nouvelle législation.

Le problème est cependant complexe ; c'est celui de l'applicabilité aux non-Tunisiens des décrets relatifs aux contestations entre Tunisiens. On peut néanmoins poser en principe que les décrets tunisiens autres que ceux ren-

pus sur des matières d'ordre public ou de police ne sont pas obligatoires et ne s'imposent pas aux non-Tunisiens.

Il en résulte que le Code tunisien des obligations et contrats n'est pas, en droit, obligatoire pour les tribunaux français. Ceux-ci pourront l'écarter, s'ils estiment que la coutume du pays est différente; mais, en fait, ils useront de moins en moins de cette faculté. Ce code constitue en effet, et de plus en plus, la coutume du pays et paraît destiné à prendre chaque jour une autorité plus grande.

Le décret du 23 janvier 1935, qui a bouleversé le régime foncier des immeubles non immatriculés, est au contraire d'ordre public. Les juridictions qui seront saisies de litiges d'ordre immobilier devront l'appliquer et c'est en se référant à ses dispositions et à celles non contraires de la coutume musulmane qu'ils devront à l'avenir apprécier les litiges immobiliers qui leur seront soumis.

Section II. — Nature et définition de l'enzel grevant des immeubles non immatriculés.

§ 1. *Le droit musulman.*

Avant d'aborder l'interprétation donnée au contrat d'enzel par la jurisprudence et la doctrine française, il n'est pas sans intérêt de rechercher quelle est la théorie professée par les juristes musulmans quant à la nature de cette institution.

Il faut pour cela se souvenir que le contrat d'enzel est né du désir et de la nécessité de tourner la règle de l'inaliénabilité des biens habous et qu'en réalité, il autorise la disposition du bien habous sous couleur de bail perpétuel.

Or, en droit musulman, le bail est une vente. C'est ainsi que le Cheik El Islam du rite hanéfite professait (Goguyer,

Choix splendide de préceptes ou petit manuel de droit mobilier p. 68) que le bail est la vente d'une utilité déterminée pour un salaire déterminé. Le louage, dit à ce sujet Van Den Berg (R. A. 91.1.188) est, en droit musulman, un contrat par lequel une personne cède, pour un temps déterminé, l'usage d'une chose ou de son travail moyennant un équivalent appelé prix du louage. Pour les jurisconsultes du rite malékite et notamment pour Sidi Khalil, « la location est la vente de la jouissance temporaire d'une chose mobilière ou immobilière » (Sidi Khalil, Traduction Seignette, p. 339, Perron, t. IV, p. 558 et 619) M. Zeys la définit également « l'achat de la jouissance d'un droit mobilier ». Le bail étant en droit musulman une vente de jouissance, l'enzel, bail perpétuel, est donc l'aliénation perpétuelle de jouissance.

Toutefois l'institution n'a pas conservé ce caractère et le preneur a été investi en fait de tous les attributs du droit de propriété revenant théoriquement au bailleur. Cependant les juristes musulmans n'ont pas osé consacrer cette évolution, que, dans la pratique, les tribunaux indigènes n'hésitaient cependant pas à consacrer; pour eux, le preneur à enzel n'est toujours qu'un locataire du bien dont le bailleur conserve la propriété : le fait est en contradiction avec le droit.

Telle était la situation devant laquelle se trouvaient les tribunaux français, lorsqu'ils eurent pour la première fois à déterminer la nature du contrat d'enzel.

En réalité, la question était de déterminer, sans avoir égard aux termes employés, l'importance exacte des droits du preneur à enzel et de savoir par quoi ils sont bornés, de rechercher s'ils sont plus étendus que ceux résultant d'une simple jouissance, de décider, en un mot, s'il y a transfert et si le débit-enzeliste acquiert le *dominium*.

§ 2. *Les précédents historiques.*

I. *L'emphytéose des Romains.*

On sait qu'en droit romain, une question analogue à celle qui nous intéresse se posait au sujet de l'emphytéose. L'emphytéote avait un droit réel sanctionné par une action *in rem*, mais d'autre part, son droit ne portait que sur la jouissance de la chose. De plus, il ne payait pas un prix unique, mais une série de redevances correspondant à un loyer.

Aussi discutait-on le point de savoir s'il fallait rattacher l'emphytéose à la vente ou au louage. La controverse n'était pas sans intérêt, notamment à propos des risques, qui pèsent sur l'emphytéote, s'il est propriétaire et sur le bailleur, si l'emphytéote est locataire. Les juriconsultes classiques inclinaient vers cette deuxième solution (Gaius, Inst. III, 145). Au ^{ve} siècle, l'empereur Zénon, dans une constitution célèbre, instaura un régime intermédiaire mettant la perte totale à la charge du bailleur et la perte partielle à celle de l'emphytéote ; cette constitution, toute d'opportunité, ne mettait d'ailleurs pas fin à la controverse.

Les glossateurs du moyen âge pensèrent trouver la réponse dans les idées de leur époque. Ils appliquèrent à l'emphytéose romaine la conception féodale du fief, en se basant d'ailleurs, pour cela, sur certains textes de la codification de Justinien, qui réservaient formellement le *dominium* à l'auteur de la concession (Livre IV) et sur d'autres, qui qualifiaient l'emphytéote de *dominus* (Livre IX). En réalité, ils faisaient une confusion : les textes du livre IV se rapportent à l'emphytéose, alors que ceux du livre IX sont relatifs à la vente des terres du domaine impérial moyennant le paiement d'une rente (*jus privatum salvo canone*).

Cujas et Doneau firent justice de cette opinion. Le droit romain n'a jamais connu la conception féodale du dédoublement de la propriété en domaine éminent et domaine utile. Le prêteur pouvait bien accorder une action *in rem utilis* à celui qui n'était pas propriétaire *ex jure Quiritium*, mais ce droit de propriété effective excluait absolument l'exercice de la propriété civile; aussi décide-t-on généralement aujourd'hui (Pepin le Haleur, *Histoire de l'emphytéose*, p. 32-38-60, Lefort, *Des locations perpétuelles*, Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, p. 154) que l'emphytéose romaine n'emportait pas séparation du domaine utile et du domaine éminent : le *dominium* restait au propriétaire concédant et par suite, le droit réel de l'emphytéote, simple *jus in re aliena*, ne comprenait pas d'autres prérogatives que celles qui étaient impliquées dans le droit à la jouissance de la chose. L'emphytéote n'avait donc pas droit au trésor, aux mines découvertes sur la propriété, il ne pouvait affranchir l'esclave attaché au fonds, ni prescrire la propriété à son profit.

II. *Les baux perpétuels de l'ancien droit français.*

Dans l'ancien droit français, les baux perpétuels étaient nombreux et de natures diverses. M. Garsonnet (*Histoire des locations perpétuelles*) les a classés en trois groupes. Les baux perpétuels du premier groupe n'attribuaient au preneur qu'un droit réel de jouissance (albergement du Bugey, bail à métairie perpétuelle de la Marche et du Limousin, bail à complant de l'embouchure de la Loire, bail à domaine congéable de Bretagne).

Le deuxième groupe de baux perpétuels comprenait ceux qui transféraient au preneur le domaine utile et laissaient au bailleur le domaine éminent. Il s'agit des contrats

de fief à caractère plus politique et social qu'économique. Le bailleur avait la faculté de réclamer la redevance (cens) et des droits de mutation à chaque transmission du fonds (reliefs, lods et ventes, mainmorte). De plus, il pouvait exercer le retrait féodal.

Le troisième groupe de baux perpétuels existant dans l'ancienne France est celui où le preneur acquiert la propriété, le bailleur ne conservant plus qu'un simple droit réel. Le plus caractéristique des baux de ce groupe est le bail à rente foncière que Pothier (*Œuvres de Pothier*, publiées par M. Dupuis, t. II, *Traité du contrat de bail à rente*, p. 525) définit comme « un contrat par lequel l'une des parties baille et cède à l'autre un héritage ou quelque droit immobilier et s'oblige à le lui faire avoir à titre de propriétaire, sous la réserve qu'il fait d'un droit de rente annuelle d'une certaine somme d'argent ou d'une quantité de fruits qu'il retient sur le dit héritage et que l'autre partie s'engage réciproquement envers elle de lui payer tant qu'elle possèdera ledit héritage ».

On voit qu'ici, le droit à la rente ne se confond pas avec le *dominium* et qu'il n'est qu'un simple droit réel n'autorisant pas le titulaire à réclamer des droits de mutation ou à exercer un retrait quelconque.

L'enzel se rapproche beaucoup de cette dernière tenure. Aussi ne faut-il pas s'étonner de voir M. Chambon (Rapport précédant la loi du 1^{er} juillet 1885) s'exprimer à son égard de la manière suivante : « L'important et le plus connu de ces baux à long terme, est le contrat d'enzel, si fréquent et si usité en Tunisie, qu'il peut être considéré comme une forme particulière du droit de propriété. L'enzel, qui se rapproche de notre bail à rente, est une location perpétuelle de l'immeuble moyennant une redevance fixe. » Malheu-

reusement, l'éminent auteur a cru utile d'ajouter à sa définition que le crédit-enzeliste possède le domaine éminent et le débit-enzeliste, le domaine utile. C'était introduire dans la théorie de l'enzel une notion inexacte, qui implique une sujétion du débit-enzeliste au crédit-enzeliste.

§ 3. *La jurisprudence.*

Les rapprochements que nous venons de faire nous ont autorisé à écarter de l'enzel, le bail emphytéotique des Romains, les anciens baux perpétuels du droit français et le fief. Ils nous ont permis au contraire de rapprocher l'institution que nous étudions du bail à rente de l'ancien droit français. Il nous reste à examiner comment la jurisprudence des tribunaux français a défini l'enzel.

Celle-ci, à dire vrai, s'est en général fort peu préoccupée de définir l'enzel pour lui-même. Elle ne l'a fait que pour déterminer l'étendue des droits des parties en présence. Il en est résulté, suivant les circonstances de fait, des définitions assez contradictoires.

Cependant, il ne faut pas attribuer à ces divergences une importance exagérée, car la controverse ne s'est jamais élevée sur le point de savoir si le droit du débit-enzeliste est réel ou personnel. Il a toujours été reconnu que le droit du débit-enzeliste était un droit réel.

Les divergences jurisprudentielles et doctrinales n'existent que sur l'étendue de ce droit réel. Quatre tendances principales, quatre courants principaux de jurisprudence, peuvent à cet égard être distingués.

I. *Première thèse : Bail perpétuel.* — La première tendance fait de l'enzel une location perpétuelle : Il en résulte cette double conséquence que le crédit-enzeliste reste pro-

priétaire et que le droit du débit-enzeliste n'est qu'un simple droit réel à la jouissance de l'immeuble.

Cette tendance se trouve reproduite avec ses caractères les plus purs dans un jugement du tribunal de Tunis du 19 décembre 1889 (B. 90.112) qui déclare que « l'enzel ou location perpétuelle, confère à l'enzeliste un droit réel sur l'immeuble vendu »; dans un autre jugement du tribunal civil de Tunis du 3 novembre 1888 (B. 93.102, R. A. 90.2.430, note) qui dispose que le contrat d'enzel est une convention d'une nature spéciale, en vertu de laquelle le propriétaire d'un immeuble en cède la jouissance perpétuelle moyennant le paiement d'une redevance fixe, et dans une note de M. Dain (R. A. 85.2.204) où l'enzel a été défini « la location perpétuelle d'un immeuble moyennant une redevance fixe ».

Cette manière de voir, conforme évidemment à l'esprit de la doctrine musulmane, est historiquement fondée. De plus, on a soutenu à son appui que seule, elle était compatible avec l'inaliénabilité des immeubles habous. En effet, dit-on, si l'immeuble frappé du habous passe au débit-enzeliste, le habous devient caduc pour cause d'impossibilité d'exécution, puisque la fondation est dépouillée de sa nue propriété et les bénéficiaires de leur usufruit. Cette objection ne nous paraît pas fondée. La constitution d'enzel opère, vis-à-vis du habous, à la manière de l'échange. De même que l'immeuble habous échangé contre un immeuble melk devient melk aux lieu et place de l'immeuble cédé en contre-échange qui, réciproquement, lui emprunte son propre caractère juridique, de même l'immeuble habous constitué à enzel est rendu à la circulation sous la tenure à enzel et cesse, à proprement parler, d'être habous. C'est la rente d'enzel qui prend ce caractère et passe à la fondation pieuse;

la nue propriété de la rente reviendra au constituant ou à la fondation et l'usufruit aux bénéficiaires, lesquels en touchent à ce titre les arrérages.

On peut également objecter à cette thèse que le contenu du droit du débit-enzeliste est bien plus vaste que celui du simple locataire, fût-il à très long terme. Il a les actions possessoires et les actions pétitoires, il peut prescrire la propriété, il bénéficie des sources, mines, carrières et trésor découverts sur le fonds.

A ce premier système, qu'il convient donc de rejeter, se rattache un système adjacent qui, à côté de l'idée de location, fait intervenir implicitement celle d'un démembrement de la propriété. C'est ainsi que certaines décisions déclarent que le débit-enzeliste a des pouvoirs moins étendus que ceux d'un acheteur ordinaire, mais que ses droits sont plus étendus que ceux d'un simple locataire (T. 13 mars 1893, B. 93.164, R. A. 93.2.232).

II. *Deuxième thèse : Bail perpétuel et vente des matériaux.*

— Une deuxième conception maintient toujours l'idée de louage, mais y ajoute l'idée que le débit-enzeliste achète certains éléments de l'immeuble et déclare que le droit de l'enzeliste est une combinaison de la propriété de l'immeuble avec le droit au bail perpétuel, c'est-à-dire une fiction qui permet, en matière de bien habous, l'aliénation, en fait, sinon en droit, de l'immeuble inaliénable sous la forme de vente de matériaux et de cession à bail (T. 27 mai 1885 et sur appel A. 4 janv. 1887, B. 93.82, R. A. 87.2.88).

III. *Troisième thèse : Partage de la propriété en domaine éminent et domaine utile.* — La troisième tendance, celle qui a définitivement prévalu en jurisprudence et qui sem-

ble adoptée par la plupart des auteurs, fait appel à des notions totalement étrangères au droit musulman, mais qui, si elles permettent de définir d'une façon frappante les droits du crédit-enzeliste et ceux du débit-enzeliste, ne vont pas, à notre sens du moins, au fond des choses. Cette conception fait appel à l'ancien droit français et divise la propriété de l'immeuble cédé à enzel en deux parties : la première, qu'elle appelle domaine éminent, elle l'accorde au crédit-enzeliste, la deuxième, qu'elle nomme domaine utile, elle le donne au débit-enzeliste. Cette division de la propriété, qui fait évidemment image et qui plaît par sa concision et sa clarté, se retrouve dans une série de décisions qui reprennent toutes, plus ou moins, la définition que donne de l'enzel le tribunal de Tunis dans une décision du 10 mars 1893 (B. 93.125. R. A. 93.2.379) « l'enzel est un démembrement de la propriété qui consiste dans la séparation du domaine utile et du domaine éminent et dans l'aliénation du premier moyennant le paiement d'une rente perpétuelle » (A. 8 mai 1889, B. 93.99, R. A. 90.2.430, R. 27 févr. 1890, R. A. 90.2.437, T. 29 nov. 1891, B. 93.346, T. 15 mai 1893, R. A. 93.2.311, T. 27 mai 1895, B. 95.462, A. 23 mars 1896, R. A. 96.2.296, A. 27 avr. 1896, R. A. 97.2.217, A. 20 juin 1899, B. 99.546, R. A. 99.2.552).

Cette définition, si séduisante soit-elle, ne résout nullement la question ; elle pose à nouveau, en effet, le problème de savoir quel est le contenu du domaine utile dévolu au débit-enzeliste et du domaine éminent revenant au crédit-enzeliste. Il est, en effet, évident qu'en employant les termes de domaine éminent et de domaine utile, les auteurs et la doctrine n'ont pas entendu accorder aux parties en présence les droits que notre ancienne législation accordait aux propriétaires de ces démembrements du droit de propriété.

IV. Quatrième thèse : *Propriété grevée d'un droit réel.* —

La véritable nature des droits de l'enzeliste paraît avoir été tranchée par l'un des premiers jugements rendus en cette matière par le tribunal de Tunis (T. 14 janv. 1884, B. 93.85, R. A. 85.2.204).

Ce jugement définit le contrat d'enzel comme étant un contrat *sui generis*, qui rend le preneur propriétaire absolu et à perpétuité de la chose transmise, sous la réserve d'une redevance originairement fixée et qui constitue pour le bailleur un droit incommutable et invariable de créance à l'égard de tous les détenteurs futurs de la chose donnée à enzel.

Cette définition, qui est reprise par des jugements du tribunal de Tunis du 13 novembre 1890 et du 7 avril 1933 (91.150, Robe 91.299, B. 33. 392) a été vivement attaquée. On lui a reproché de ne pas tenir compte du caractère inaliénable des biens habous cédés à enzel et du fait que le débit-enzeliste n'est pas libre de céder comme il l'entend l'immeuble qu'il détient à enzel. Nous avons déjà répondu au premier argument, quant au second, la loi et la jurisprudence y ont répondu en autorisant le débit-enzeliste à céder sa propriété à qui bon lui semble, à moins qu'en agissant de la sorte, il ne lèse dolosivement les intérêts du crédit-enzeliste.

En faveur de cette définition, qui fait de l'enzel une propriété grevée d'un droit réel au profit du crédit-enzeliste, milite le fait que, suivant le droit commun musulman, la propriété se transfère par la tradition du titre de propriété. Or, lorsqu'un enzel est constitué, la coutume veut que le titre soit remis au débit-enzeliste. Le Code tunisien des obligations et contrats paraît également adopter cette définition. Il déclare (art. 954) : « L'enzel est un contrat par

lequel le propriétaire d'un immeuble ou l'administrateur d'une fondation habous cède, à titre perpétuel, la possession et jouissance d'un héritage contre une redevance déterminée et invariable... que l'autre partie s'engage à lui payer. »

Il ne faut d'ailleurs pas penser qu'en définissant l'enzel comme une véritable propriété, on soit obligé d'appliquer au contrat d'enzel les règles du contrat de vente. Il n'y a là rien d'obligatoire : Le contrat d'enzel, s'il transfère la propriété, n'est pas un contrat de vente et les règles qui régissent la vente ne s'y appliqueront que dans la mesure où les règles coutumières de l'enzel n'en disposent pas autrement.

Section III. — Nature et définition de l'enzel grevant des immeubles immatriculés.

§ 1. *Les conceptions en présence.*

Les auteurs de la loi du 1^{er} juillet 1885 avaient à choisir entre deux grandes conceptions relatives à la nature de l'enzel : celle qui fait du contrat établissant la rente, un bail, et celle qui en fait une vente d'une nature spéciale.

Le premier système, celui qui fait du contrat d'enzel un contrat de location, prêtait à des discussions sur la question de savoir comment le droit de propriété se divise entre le bailleur et le locataire.

En effet, s'il est admis que les baux de longue durée et à plus forte raison les baux perpétuels investissent le locataire d'un droit réel, on est loin d'être d'accord sur le contenu de ce droit réel.

Le deuxième système, s'il est rigoureusement appliqué,

ne laisse place à aucune discussion. La propriété pleine et entière est transférée et le vendeur n'a plus qu'un droit purement personnel et mobilier : le droit de se faire payer par l'acheteur la rente qui représente le prix. Ce droit personnel et mobilier est, il est vrai, garanti par un privilège, mais ce privilège n'est qu'un droit accessoire et non un démembrement du droit de propriété.

Dans ce système, le droit à la rente est définitivement acquis au vendeur et n'est pas la compensation de la jouissance; cela entraîne de nombreuses conséquences, parmi lesquelles celle de servir la rente aussi longtemps qu'elle n'a pas été rachetée, quelles que soient les circonstances de la perte de la jouissance (sauf évidemment si la perte provient d'un fait donnant ouverture à l'action en garantie). Par contre, les ayants cause à titre particulier du débit-enzeliste ne sont tenus au paiement de la rente que réellement et non personnellement.

Dans l'autre système, la rente est la contre-partie de la jouissance. Il en résulte que le preneur ou ses ayants cause en seront indéfiniment responsables (dans les limites de la prescription extinctive) et que la rente n'est pas due si la jouissance disparaît par cas fortuit.

§ 2. *La doctrine de la loi foncière.*

Il ne nous semble pas, malgré l'opinion contraire soutenue par M. Labbe, que la loi foncière fasse du contrat d'enzel un bail perpétuel, mais elle n'en a pas fait un contrat de vente pur et simple. En effet, si elle qualifie le droit du débit-enzeliste de « propriété foncière » (art. 83), elle ajoute immédiatement « grevée d'une rente perpétuelle », ce qui signifie « diminuée du droit à rente perpétuelle ». D'ailleurs la loi foncière ne confond pas le droit du débit-

enzeliste avec le droit de propriété et fait du droit du crédit-enzeliste un droit réel immobilier. L'article 13 de la loi est significatif et ne laisse aucun doute à cet égard. Ce droit réel immobilier n'est d'ailleurs pas l'accessoire du droit à la rente; la rédaction de l'article 13 de la loi est probante, puisqu'elle parle séparément de ces deux droits. Bien plus, le privilège est le droit principal et l'obligation de l'enzeliste n'est que subsidiaire (art. 89).

La cession à enzel n'est donc pas « une vente », mais il ne semble cependant pas que l'on puisse se rallier à la thèse de M. Labbe qui incline à en faire un contrat de louage. En effet, l'article 89 de la loi foncière, non content de réduire à deux ans l'obligation personnelle du débit-enzeliste, subordonne l'obligation du débit-enzeliste à l'insuffisance du prix de l'immeuble.

Nous inclinons à penser que les auteurs de la loi foncière ont voulu innover. Partant de l'idée que la rente d'enzel est une dette de l'immeuble lui-même, ils en ont conclu que puisque c'était l'immeuble lui-même qui devait, le débit-enzeliste ne devait rien et que, s'il payait à chaque échéance le montant de la rente, il ne le faisait en quelque sorte qu'en l'acquit de l'immeuble pour le conserver et ne pas se le voir enlever par procédure d'expropriation.

On objecte à cette manière de voir que, si elle correspondait aux vœux du législateur, l'article 89 lui-même serait incompréhensible. Si l'intention du législateur avait été de supprimer les obligations personnelles du débit-enzeliste, on ne s'expliquerait pas que, par un texte exprès, les auteurs de cette loi en aient créé une, fût-elle restreinte et subsidiaire. L'argument est loin d'être dénué de force; il faut supposer que l'article 89 a été inséré dans la loi pour des

raisons d'équité et que l'obligation personnelle qui en découle, considérée comme une compensation de la jouissance de fait du débit-enzeliste, ne prend pas sa source dans le contrat de cession à enzel, mais dans la présomption d'un enrichissement obtenu sans cause par le débit-enzeliste défaillant et taxé forfaitairement au montant de deux années d'arrérages. Pour M. Labbe, cet article 89 de la loi foncière est un argument en faveur de la thèse qui fait du contrat d'enzel un contrat de louage. D'après lui, l'insertion de l'article 89 dans la nouvelle loi foncière s'expliquerait parce que ses auteurs ont tenu compte du fait que, le plus souvent l'enzel, a une origine antérieure à l'immatriculation et qu'ils n'ont pas voulu, par le seul fait de l'immatriculation, supprimer complètement l'obligation personnelle stipulée au contrat d'enzel primitif. L'article 89 serait donc un rappel du droit coutumier musulman, mais modifié et limité.

En résumé, on peut définir le droit du débit-enzeliste sur un immeuble immatriculé comme un droit de propriété grevé d'un droit réel au profit du crédit-enzeliste. (T. 16 juill. 1894, B. 94.469, A. 30 déc. 1895, B. 97.25, R. A. 97.2.173, A. 28 déc. 1896, B. 97.78, T. 20 mars 1901, B. 01.301). Nous retrouvons la définition que nous en avons donnée lorsqu'il porte sur un immeuble qui n'est pas immatriculé. Il n'y a donc pas une différence de nature entre les deux sortes d'enzel, mais une simple différence de réglementation.

CHAPITRE IV

CONDITIONS DE FORMATION ET DE VALIDITÉ DU CONTRAT D'ENZEL

Section I. — Formation contractuelle.

Comment se forme le contrat d'enzel? Se forme-t-il par la simple rencontre des volontés comme pour la vente en droit français? Nécessite-t-il au contraire l'intervention de la puissance publique? Sous quelle forme est-il matérialisé?

Pour répondre à ces questions, il nous faut immédiatement établir une distinction entre les immeubles *melks*, qui peuvent être librement cédés à enzel et les immeubles *habous*, pour lesquels la mise à enzel fait l'objet d'une procédure longue et compliquée nécessitant en principe l'intervention de l'autorité administrative et des enchères publiques.

§ I. *Immeubles Melks.*

I. Immeubles Melks non immatriculés.

Les conditions de formation et de validité du contrat de mise à enzel sont indiquées, lorsque le contrat intervient entre deux indigènes, par l'article 956 du Code tunisien des obligations et contrats. Cet article, qui reproduit la

jurisprudence antérieure des tribunaux français et indigènes de Tunisie, dispose que le contrat d'enzel est parfait par le consentement des parties sur l'immeuble faisant l'objet du contrat, sur la redevance et sur les autres clauses accessoires du contrat (notamment le taux du rachat). Le même article exige en outre, pour qu'il soit opposable aux tiers, qu'il soit constaté par un écrit ayant date certaine et contenant une description complète et exacte de l'immeuble concédé, de ses accessoires et des droits qui en dépendent, des constructions, plantations ou autres travaux qu'il renferme. L'acte doit en outre contenir l'indication de la valeur attribuée par les parties à la propriété cédée à enzel. Il est à noter que l'article 956 du Code tunisien des obligations et contrats, qui fixe les conditions de formation du contrat d'enzel, ne parle pas expressément des tiers et semble contenir une contradiction entre la disposition qui déclare que le consentement des parties suffit à former le contrat d'enzel et celle relative à l'exigence d'un contrat écrit ayant date certaine et répondant à certaines caractéristiques. La seule interprétation possible est que la deuxième disposition concerne les tiers.

Lorsqu'au contrat intervient un non-Tunisien, le Code cesse de s'appliquer et les tribunaux n'ont plus pour les guider que la coutume musulmane. Ils n'ont pas manqué de s'y reporter: C'est ainsi qu'après avoir posé le principe qu'à défaut de règles particulières, les conditions de la validité de la constitution à enzel, en ce qui a trait à la capacité des parties et à leur consentement, à la chose objet du contrat, enfin à la rente, ont toujours été et sont encore celles du droit commun musulman en matière de conventions (Sumien, R. A. 93.1.210, B. 93.119 note), la jurisprudence a posé en principe que, pour la forme du

contrat, il faut s'en rapporter purement et simplement aux usages locaux.

Elle a décidé que le simple accord des volontés non constaté par un écrit ne suffit pas à établir l'enzel et qu'il faut un écrit (T. 16 févr. 1890, B. 91.79), mais qu'aucune formule déterminée, aucun texte traditionnel, aucun terme sacramentel n'est prescrit à peine de nullité. C'est ainsi que la Cour d'Alger a décidé que la stipulation dans un acte de vente d'une rente annuelle et perpétuelle est suffisante pour établir, sans autres explications, la cession à enzel (T. 27 mai 1885 et sur appel A. 4 janv. 1887, B. 93.82). On admet même que la production des quittances d'arrérages payés aux bénéficiaires de la rente suffit à faire preuve de l'aliénation à enzel (T. mixte, 25 juin 1896, B. 96.442) au moins quand le débit-enzeliste prétendu est en possession de l'immeuble (T. 27 déc. 1905, B. 06.257). La jurisprudence est allée plus loin et s'est efforcée de rechercher l'intention des parties pour déterminer si oui ou non elle se trouvait en présence d'un contrat d'enzel. C'est ainsi qu'elle a décidé que devait être considérée comme une vente à enzel, la location d'un immeuble faite à des conditions telles que le terme du bail n'advientra que dans un nombre incalculable d'années (T. mixte, 5 mai 1897, B. 97. 485).

Par contre, elle a estimé à juste titre ne pouvoir retenir comme établissant suffisamment les droits du débit-enzeliste, une outika récente (acte de notoriété) (T. 29 déc. 1891, B. 93.346, T. 27 déc. 1905, B. 06.257, T. 11 nov. 1900, B. 01.136) à moins que les indications de cette outika ne soient corroborées par des mentions contenues dans des registres tenus par une administration publique (T. 27 mai 1885, A. 4 janv. 1887, B. 93.82, T. 29 déc. 1891, B. 93. 346).

Pour que la cession à enzel soit opposable aux tiers, il fallait, jusqu'à la promulgation du décret du 23 janvier 1935, que la mise à enzel fût inscrite sur le titre de propriété ou sur l'outika en tenant lieu (T. 20 juin 1891, B. 93.87, T. 15 mai 1893, B. 98.24) c'était d'ailleurs l'application du droit commun en Tunisie, où, pour les immeubles non immatriculés, la propriété s'établissait à l'égard des tiers par la détention légitime et régulière du titre de propriété sur lequel sont mentionnées les différentes transmissions dont ces immeubles ont été l'objet.

A qui devait être remis le titre de propriété ? Au crédit-enzeliste ou au débit-enzeliste ? La jurisprudence exige que le titre de propriété soit remis au débit-enzeliste (T. 30 juin 1886, B. 93.126) et que la mise à enzel soit mentionnée sur le titre lui-même (T. 15 mai 1893, B. 98.24). Le tribunal de Tunis a sanctionné ces principes, qui paraissent fondés, par un attendu qui ne l'est pas et qui paraît faire table rase des principes de la preuve. Il déclare en effet que la détention revient au débiteur et non au bénéficiaire de la rente, « car les droits de ce dernier sont toujours sauvegardés par l'obligation où est le débit-enzeliste, au cas où il est poursuivi en paiement de la rente et conteste la devoir, de produire le titre sur lequel est inscrit l'acte de constitution ». (T. 24 juin 1890, B. 93.87). Cette thèse se heurte au principe qu'il appartient au demandeur d'établir lui-même le bien-fondé de sa demande.

Il est donc nécessaire qu'au moment de la mise à enzel, le crédit-enzeliste se ménage une reconnaissance de ses droits et ne manque pas d'exiger du débit-enzeliste l'inscription de la mise à enzel sur le titre.

Si l'immeuble est soumis à la nouvelle législation créée par le décret du 23 janvier 1935, les droits des parties en

présence résultent suffisamment de l'inscription prise sur le feuillet foncier. Ce décret exige en outre (art. 22), pour que l'acte soit opposable aux tiers (art. 26 et 55), qu'il soit inscrit sur le feuillet réel créé par le décret, relatif à l'immeuble intéressé (art. 1 à 3). Pour être inscriptible, l'acte, quel que soit sa forme, doit contenir les noms, professions, domiciles, nationalités, lieux et dates de naissance, situation matrimoniale de toutes les parties et désigner la propriété par son nom et numéro d'ordre au registre foncier (art. 30). Lorsque l'acte est établi sous seings privés, les signatures des parties doivent être légalisées (art. 31).

II. Immeubles melks immatriculés.

Pour les immeubles melks immatriculés, la mise à enzel se fait conformément au droit français, auquel la loi de 1885 se réfère. De plus, pour être inscriptible et devenir opposable aux tiers, le contrat aura ses signatures légalisées et devra permettre au conservateur de la propriété foncière de se rendre compte de l'état et de la capacité des signataires.

§ 2. Immeubles habous.

Il n'y a pas ici à faire de distinctions entre les immeubles immatriculés et ceux qui ne le sont pas. Les formalités de la cession à enzel des immeubles habous sont les mêmes, qu'ils soient immatriculés ou non. En effet, le conservateur de la propriété foncière et le tribunal mixte ont résolu par l'affirmative — malgré l'opinion contraire de la majorité des auteurs — la possibilité d'inscrire un immeuble immatriculé au profit d'une fondation habous. Le conservateur ou le tribunal mixte n'interviendront que pour vérifier, au moment de l'inscription de la cession à enzel, si les for-

malités légales ont toutes été respectées. De même, si l'immeuble n'est pas immatriculé, le conservateur vérifiera, au moment de l'inscription de la cession, si les formalités prévues au décret du 23 janvier 1935 ont bien été observées.

I. Historique.

Il n'est pas étonnant que le législateur ait soigneusement réglementé la cession à enzel des immeubles habous. Celle-ci est un acte de disposition et il est naturel que les bénéficiaires actuels du habous n'aient pas qualité pour consentir de leur chef une mesure qui engage l'avenir indéfiniment et transforme en réalité le droit des dévolutaires ultérieurs, en le faisant porter non plus sur la jouissance directe de l'immeuble, mais sur la rente d'enzel. Rationnellement pour que le contrat de cession à enzel puisse être valablement consenti, il est nécessaire que tous les intérêts soient représentés, aussi bien les intérêts présents que les intérêts futurs des bénéficiaires ultérieurs et de l'œuvre pie bénéficiaire définitive. Par ailleurs, s'il s'agit d'un immeuble habous déjà entre les mains de l'œuvre pie, il importe que la cession soit faite dans les conditions les plus avantageuses pour elle.

On a donc commencé, il y a fort longtemps, à exiger, dans ce dernier cas, l'autorisation du *cadi*, puis à mesure que s'est complété le système administratif de la Tunisie, on a réglementé avec soin le mode de cession à enzel des habous publics et privés.

Tout d'abord et avant le Protectorat français, les constitutions d'enzel furent subordonnées, en vertu d'un décret beylical du 30 décembre 1865, à l'obtention d'un permis grevé d'un droit fixe de chancellerie de cent piastres (60 fr.).

Plus tard, aux termes de deux autres décrets des 19 mars et 22 mai 1894, la cession à enzel des biens habous publics fut subordonnée à la nécessité d'enchères publiques, sous la surveillance du cadi du lieu où était situé l'immeuble et de la ratification de la Djemaia des habous. Ce régime fut étendu aux immeubles habous privés par un troisième décret du 25 novembre 1874.

Après l'établissement du Protectorat, des prescriptions analogues furent édictées par des décrets des 18 août 1885, 21 octobre 1885, 13 mai 1886, 23 juin 1886, 15 décembre 1886, 4 novembre 1887 et du 31 janvier 1888. Ces textes sont actuellement abrogés et un décret du 22 juin 1888 est venu organiser d'une façon très complète les formes de la mise à enzel des biens habous publics ou privés. La réglementation issue de ce décret a subsisté jusqu'à nos jours et n'a subi que de légères modifications.

II. La législation actuelle.

Le décret du 22 juin 1888 maintient et confirme le principe, établi par les décrets antérieurs, de l'obligation de recourir à la forme de l'adjudication aux enchères publiques, et, innovant, il généralise l'obligation pour tout adjudicataire à enzel d'un immeuble habous d'en faire effectuer l'immatriculation. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 21 du décret, au moment de l'adjudication, l'adjudicataire est tenu de signer séance tenante une réquisition d'immatriculation et de consigner les frais d'immatriculation. S'il y a eu command, l'acceptation du command emporte ratification de la réquisition. Si l'adjudicataire ne donne pas suite à sa réquisition, l'administration des habous le fait à sa place et à ses frais. L'obligation de faire immatriculer cesse lorsque les immeubles cédés à enzel consis-

tent en boutiques, magasins ou maisons en ruines cédés pour une rente inférieure à deux cents piastres par an (120 francs).

1° *Les formes de la demande de cession à enzel.* — Le droit de demander la mise à enzel d'un immeuble habous appartient à tous ceux qui bénéficient de l'institution ou à leurs représentants. Eux seuls ont, en effet, qualité pour apprécier si cette opération est avantageuse à l'immeuble dont ils ont la jouissance et la gestion. Par suite, c'est à eux que doit s'adresser toute personne qui désire acquérir un immeuble habous : ils sont libres d'accepter ou de refuser. S'ils refusent, il ne saurait plus être question de cession. S'ils acceptent, ils sont obligés de recourir à la procédure prévue par le décret.

S'il s'agit d'un habous privé, la demande devait être formée par le mokadem avec le consentement écrit de tous les ayants droit. Un décret du 23 décembre 1894 a fort sagement arrêté la spéculation à laquelle se livraient certains ayants droit de parts infimes, en décidant que le consentement des principaux ayants droit suffirait désormais, les intérêts des autres étant sauvegardés par l'obligation nouvelle de soumettre la demande à l'approbation du cadi malékite.

S'il s'agit d'un habous public, la demande de mise à enzel est formée par le président de l'administration à laquelle ressortit l'immeuble.

La demande dans tous les cas doit contenir : 1° la désignation de l'immeuble ; 2° s'il s'agit d'une propriété rurale un croquis visuel dressé par un géomètre du service topographique ; 3° le nom de l'auteur de la demande de cession à enzel ; 4° le montant de la mise à prix en monnaie française (décret du 1^{er} juillet 1891), en une somme déterminée

et non fractionnaire; 5° les titres du habous et tous les documents nécessaires pour passer l'acte de cession à enzel après les enchères (ces pièces doivent en outre être traduites en français par un interprète assermenté); 6° le cahier des charges de l'adjudication; 7° s'il s'agit d'un habous public, l'autorisation du gouvernement.

Le cahier des charges contient obligatoirement : 1° l'indication, d'après le calendrier grégorien, de la date d'exigibilité de la rente payable soit annuellement, soit semestriellement et du lieu du paiement; 2° le délai de passation des actes à dater des enchères sans qu'il puisse excéder deux mois; 3° la date de prise de possession (au plus tard dans l'année des enchères); 4° les jours et heures de visite de l'immeuble. De plus, les parties peuvent facultativement insérer toutes autres clauses ou conditions non contraires aux lois et notamment, aux termes d'un décret du 7 mars 1900, une clause déclarant que, si les enchères dépassent de 50 % le montant de la mise à prix, elles se poursuivront, pour le surplus, en capital.

Le dossier de la demande ainsi constitué est adressé à un magistrat du tribunal du Chaara, qui désigne un notaire de Tunis chargé de conserver sous sa responsabilité les pièces déposées et de suivre les formalités préliminaires des enchères, celles des enchères elles-mêmes et de passer les actes de cession à enzel.

Le magistrat du Chaara, saisi de la demande, doit statuer sur sa recevabilité dans le délai d'un mois à dater du dépôt des pièces. Son examen ne porte d'ailleurs que sur l'accomplissement des prescriptions qui précèdent et la conformité du cahier des charges avec les stipulations du décret. Il ne répond ni de la validité des titres déposés, ni de l'existence des droits objet des enchères. Il est res-

ponsable au contraire des lenteurs ou des impossibilités qui pourraient se produire au moment de la passation des actes d'enzel, faute de dépôt préalable des pièces nécessaires.

La décision motivée sur la recevabilité de la demande est notifiée au notaire dépositaire des pièces, qui doit, si la décision est affirmative, procéder sans désespérer aux formalités préliminaires des enchères, sinon, en cas de rejet, avertir par écrit le demandeur en lui signalant les vices de la demande.

Le rejet de la demande n'est susceptible d'aucun recours, mais le demandeur peut toujours, après avoir complété son dossier, le présenter à un autre magistrat du même tribunal.

2° *Les formalités préliminaires aux enchères.* — Dès que le notaire a reçu notification de la recevabilité d'une demande, il doit inscrire dans un registre *ad hoc*, tenu à cet effet au tribunal du Chaara, les indications contenues dans la demande : désignation de l'immeuble, nom de l'auteur de la demande, montant de la mise à prix. De plus, s'il s'agit d'un immeuble habous privé, le notaire doit donner communication des pièces dont il est dépositaire au président de la Djemaia des habous. Ce dernier examine les pièces et doit les lui retourner dans les huit jours. En outre, le notaire doit, dans les vingt jours qui suivent la notification qui lui est faite de la recevabilité de la demande, faire insérer dans les deux éditions française et arabe du *Journal officiel tunisien*, une copie textuelle des énonciations portées par lui sur le registre du Chaara. Cette publication est réitérée le troisième jeudi qui suit la première insertion. Enfin, des extraits des numéros du *Journal*

officiel tunisien contenant l'avis de mise en adjudication sont affichés par les soins de l'administration des habous aux endroits convenables. Ces affiches indiquent en outre le montant approximatif des sommes à déposer par l'adjudicataire, immédiatement après l'adjudication.

Jusqu'à l'adjudication, le public peut, tous les jours de 8 heures à 11 heures, sauf le jeudi et le vendredi, prendre communication des pièces chez le notaire et s'en faire, à ses frais, délivrer copie.

Le magistrat du Chaara qui déclare recevable la demande de cession à enzel est chargé de suivre l'accomplissement de ces formalités et de trancher les difficultés qui pourront s'élever à ce sujet jusqu'au jour de l'adjudication.

3° *Les enchères.* — Les enchères ont lieu le jeudi au tribunal du Chaara, sous la présidence d'un juge de ce tribunal assisté d'un interprète français. Pour chaque immeuble qui a fait l'objet d'une demande en constitution d'enzel, il est procédé aux enchères le cinquième jeudi qui suit la première publication au *Journal officiel tunisien*. Le système d'enchères prévu par le décret du 22 juin 1888 était peu pratique et amenait les adjudicataires éventuels à se réserver jusqu'à la dernière minute du quart d'heure réservé aux enchères. Un décret du 31 janvier 1898 a adopté le système français des trois feux. On peut, d'après tout au moins la majorité des cahiers des charges, élire command. Le résultat des enchères est consigné sur le registre du Chaara en regard de l'inscription prise par le notaire. Cette mention est signée par l'adjudicataire, qui signe en même temps une pièce déclarant qu'il a eu pleine connaissance des obligations résultant pour lui de l'adjudication. Un certificat incessible lui est remis constatant

ses droits, puis, dans les deux mois, l'acte de cession est dressé par le notaire.

Si l'adjudicataire ne peut satisfaire aux conditions du cahier des charges, ses droits sur l'immeuble sont remis en adjudication sur folle enchère. Le magistrat qui a présidé l'audience des criées remet à cet effet un certificat à l'ayant droit du habous. Dans les trois jours qui suivent, de nouvelles insertions sont faites au *Journal officiel tunisien* (édition française et édition arabe) indiquant les nom et demeure du fol enchérisseur, le montant de l'adjudication, la nouvelle mise à prix et le jour des enchères. Des affiches sont, dans le même délai, apposées. La nouvelle adjudication a lieu dans les quinze jours au moins et dans les trente jours au plus de l'apposition des affiches.

Si, dans l'intervalle, le fol enchérisseur justifie de l'acquit des conditions de l'adjudication et de la consignation des frais approximatifs de la folle enchère, il n'est pas procédé à la réadjudication.

Le fol enchérisseur est tenu personnellement de la différence entre son prix et celui de la deuxième adjudication sans pouvoir, s'il y a lieu, réclamer l'excédent.

Les contestations sur les droits du demandeur en constitution ne peuvent suspendre les enchères. Il est simplement pris note et fait mention au dossier, à telles fins que de droit, des protestations formulées par écrit entre les mains du notaire, à moins toutefois, que le protestataire ne produise un jugement passé en force de chose jugée mettant à néant les droits du demandeur en cession à enzel.

III. Les exceptions à la législation actuelle.

La réglementation minutieuse que nous venons d'examiner sauvegarde parfaitement les droits des dévolutaires ou des œuvres pies, bénéficiaires des habous. Mais la nécessité de

recourir dans tous les cas aux enchères publiques, sans jamais pouvoir recourir à la cession de gré à gré, est néanmoins de nature à léser certaines catégories de personnes : 1^o locataires à long terme de biens habous, 2^o occupants de fait de propriétés agricoles dépendant de fondations habous qui, tolérés par les dévolutaires gratuitement ou moyennant une redevance minime, risquaient de se voir jeter par le nouvel acquéreur à la porte de la parcelle qu'ils occupaient de père en fils, et 3^o dévolutaires eux-mêmes désirant acquérir à enzel des biens habous de l'usufruit duquel ils bénéficient.

1^o *Locataires à long terme.* — Un décret du 31 janvier 1898 a autorisé la location pour dix ans (renouvelable dans certains cas pour vingt ou trente ans) des immeubles habous. Les articles 29 à 33 de ce décret ont autorisé la mise à enzel de ces immeubles à la requête du locataire à long terme, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la procédure des enchères publiques.

Deux conditions doivent être réunies : Il faut que le cahier des charges de la location contienne une clause autorisant la cession de gré à gré après estimation à dire d'expert et que le locataire à long terme fasse la demande de transformation de sa location en cession à enzel avant la dernière année de location.

Si ces conditions ne sont pas réunies, la mise à enzel a lieu conformément aux stipulations du décret du 22 juin 1888, mais à enchères égales, le locataire est préféré à tout autre enchérisseur.

Dans les deux cas, la prise de possession par le locataire de l'immeuble cédé à enzel en vertu de son nouveau titre a lieu à l'expiration de l'année de location en cours, le bail étant résilié pour le surplus.

2° *Occupants*. — Les bénéficiaires de biens habous ruraux les ont souvent laissés retomber en friche. Sur ces terres se sont, la plupart du temps, installées des familles étrangères aux dévolutaires, qui les occupent de père en fils depuis une époque souvent très reculée, mais à titre précaire.

La précarité de leurs droits ne permet pas à ces familles de mettre complètement en valeur le sol. L'intérêt général commandait de provoquer cette mise en valeur en donnant à l'occupation des cultivateurs indigènes des bases juridiques certaines. Le législateur y est arrivé de deux façons : tout d'abord par le décret du 12 avril 1913 (remanié le 4 juillet 1923) qui autorise ces occupants à acquérir de gré à gré et à enzel, les parcelles qu'ils occupent de père en fils, ensuite par le décret du 17 juillet 1926, qui autorise l'occupant, dont la qualité est établie devant une juridiction spéciale instituée pour connaître de ces questions, à se maintenir définitivement et indéfiniment sur les parcelles occupées par lui et avant lui par ses ancêtres, moyennant le paiement d'une redevance fixe.

La cession à enzel de gré à gré est autorisée en faveur des occupants indigènes musulmans qui occupent un habous rural public ou privé de père en fils depuis une époque reculée, mais seulement pour la partie qu'ils occupent. La reconnaissance des propriétés habous ainsi occupées et soumises à ce régime, la détermination des surfaces à attribuer à chaque occupant, la fixation de la valeur de chacune de ces surfaces et leur attribution, sont effectuées par une commission administrative composée du directeur général de l'intérieur ou de son délégué, du contrôleur civil de la circonscription, du caïd ou du kahia de la circonscription, d'un délégué de la Djemaia des ha-

bous, d'un naib local des habous, d'un amine d'agriculture désigné par le premier ministre, et, s'il s'agit d'un habous privé ou d'un habous de zaouia, de cinq des principaux ayants droit à la fondation, désignés par les dévolutaires et agréés par le cadi, du mokadem ou cheikh du habous s'il en existe. Le secrétaire du contrôle civil remplit les fonctions de secrétaire de cette commission.

La cession de gré à gré n'a lieu, pour les fondations privées ou de zaouia, qu'avec l'assentiment des principaux dévolutaires et du mokadem s'il en existe et, pour les fondations publiques, après adhésion de la Djemaia des habous. De plus, dans ce cas, le Conseil supérieur des habous est consulté et les opérations préliminaires n'ont lieu qu'en vertu d'une décision prise par Son Altesse le Bey sur la proposition du premier ministre. Les décisions de la commission doivent être homologuées par Son Altesse le Bey.

Les surfaces disponibles après soustraction des prélèvements en faveur des occupants, sont cédées à enzel suivant la procédure ordinaire.

Le décret du 17 juillet 1926 sur les occupants est venu préciser que, lorsque la qualité d'occupant a été reconnue à une partie par application de ses dispositions, la commission prévue par le décret du 12 avril 1913 ne pourra plus discuter la qualité d'occupant du demandeur.

3° *Dévolutaires*. — Le bénéfice du décret du 12 avril 1913 a été étendu, par un décret du 4 juillet 1923, aux dévolutaires des habous privés qui s'engagent à les exploiter directement. Ces cessions à enzel ne peuvent porter que sur les parcelles non cédées aux occupants. Le consentement du mokadem et des principaux dévolutaires est nécessaire. La cession a lieu conformément aux stipu-

lations du décret du 12 avril 1913. De plus, la commission fixe l'étendue maxima des lots à attribuer aux dévolutaires, compte tenu de leurs ressources, de la nature et de l'étendue du terrain à céder.

Section II. — Formation extra-contractuelle.

La prescription acquisitive est également un mode d'acquisition à enzel, mais applicable seulement aux immeubles non immatriculés, puisque la prescription n'existe pas en matière d'immeubles immatriculés.

Le droit du débit-enzeliste peut s'acquérir par prescription ; il a été jugé à cet égard que les lois et coutumes qui régissent le contrat d'enzel appliquent à ce contrat les règles ordinaires de la prescription acquisitive, car l'enzel est un droit réel immobilier et confère au débit-enzeliste un véritable droit de propriété. Il en résulte que l'exercice de ce droit pendant un certain temps et dans les conditions déterminées par la loi peut suffire le cas échéant à consolider l'acquisition, seule la durée de la prescription variant selon que l'immeuble est habous ou melk et selon le rite auquel il est soumis (T. 15 mai 1893, B. 98, 24, R. A. 93,2, 311 et les notes).

Le décret du 23 janvier 1935 a, dans ses articles 69, 70 et 71, réglementé cette question. Il distingue selon que le débit-enzeliste était de bonne ou de mauvaise foi au moment où son droit a fait l'objet de l'inscription foncière prévue par le décret, et suivant qu'il prescrit contre un droit inscrit ou un droit non inscrit. Si le débit-enzeliste est de bonne foi et s'il prescrit contre un droit non inscrit, la tenure à enzel est acquise par une possession exercée pendant dix ans à dater de l'inscription ; dans tous les

autres cas, la possession postérieure à l'inscription devra s'exercer pendant quarante ans, si le possesseur est parent, allié, copropriétaire ou associé de l'usucapteur, trente-trois ans, si l'immeuble est habous et vingt ans, si celui contre lequel l'usucapion s'effectue ne réunit aucune de ces conditions. Le cours de la prescription acquisitive est suspendu en faveur des incapables.

CHAPITRE V

EFFETS DU CONTRAT D'ENZEL

Section I. — Immeubles non immatriculés.

§ 1. *Droits et obligations du crédit-enzeliste.*

1. *Droits du crédit-enzeliste.*

Le crédit-enzeliste a droit au paiement exact et intégral de la rente aux époques fixées par la convention ou l'usage. A défaut de paiement, il a, outre son droit de préférence sur le prix de l'immeuble et un privilège mobilier, trois actions : l'action personnelle et mobilière en paiement, l'action réelle tendant à l'expropriation de l'immeuble cédé à enzel et resté grevé de son privilège, l'action en résolution ou en résiliation.

1^o *Action personnelle.* — Le crédit-enzeliste a une action personnelle et mobilière contre le débit-enzeliste et contre tout détenteur, en paiement de la redevance, sans autre limitation dans le temps que la prescription (T. 28 nov. 1887, B. 93.102, T. 3 nov. 1888, B. 93.102, T. 20 juil. 1894, B. 94.474, T. 30 janv. 1895, B. 95.197) et le débit-enzeliste ou le détenteur ne peuvent, pour échapper au paiement des redevances arriérées, offrir d'abandonner l'immeuble (T. 28 nov. 1887, B. 93.102, T. 20 juil. 1894, B. 94.474, art. 970 C. T. O. C.), ni prétendre que le crédit-

enzeliste doit au préalable agir contre l'immeuble cédé à enzel (T. 13 mars 1893, B. 93.131, R. A. 93.2.237).

Le Code tunisien des obligations et contrats dispose dans le même sens (art. 971) que le crédit-enzeliste peut maintenir le contrat et poursuivre le paiement de ce qui lui est dû contre le débit-enzeliste et contre tout détenteur.

Ce code semble cependant donner à l'action un caractère subsidiaire, en disposant que le débit-enzeliste est personnellement tenu sur ses autres biens de l'insuffisance du prix d'expropriation de l'immeuble cédé à enzel. En réalité, on se trouve en présence d'une rédaction vicieuse. Le législateur a entendu au contraire indiquer que le débit-enzeliste est tenu sur tous ses biens, sans que l'action du crédit-enzeliste puisse s'arrêter à l'expropriation de l'immeuble cédé à enzel. La possibilité donnée par l'article 74 du décret du 23 janvier 1935 au crédit-enzeliste de faire exproprier le débit-enzeliste sans qu'il soit nécessaire pour lui d'obtenir un titre exécutoire posera, vraisemblablement, le problème de savoir si, saisi de l'action personnelle, le juge ne devra pas, sur la requête du débit-enzeliste, surseoir à statuer jusqu'à expropriation.

2^o Action réelle. — L'action réelle est tout d'abord le complément de l'action personnelle, en ce sens que le crédit-enzeliste, pour saisir immobilièrement les biens du débit-enzeliste ou du détenteur, devait, jusqu'à la promulgation du décret du 23 janvier 1935 et doit encore, si l'immeuble n'est pas encore inscrit dans les registres créés par ce décret, prendre au préalable un jugement portant condamnation au paiement des arrérages. Mais de plus, et en raison de l'existence du droit réel résultant du privilège, le crédit-enzeliste sera privilégié sur le prix de vente à due concurrence du capital de la rente (art. 971, C.T.O.C.)

et cela quoique, en Tunisie, l'hypothèque judiciaire n'existe pas et que les créanciers saisissants viennent entre eux au marc-le-franc.

Le privilège accordé au crédit-enzeliste est le complément nécessaire du droit réel qu'il possède sur l'immeuble (T. 28 nov. 1887, B. 93.102, T. 3 nov. 1888, B. 93.102, T. 20 juil. 1894, B. 94.474, T. 30 janv. 1895, B. 95.197). Ce privilège passera en premier rang avant tous les droits réels consentis par les débits-enzelistes successifs sur l'immeuble cédé à enzel. Il en résulte que, si la saisie immobilière est le fait d'un créancier hypothécaire ou chirographaire du débit-enzeliste, celui-ci, pour éviter d'avoir à déduire du prix d'adjudication le capital nécessaire au paiement des arrérages de la rente, stipule ordinairement dans le cahier des charges que l'adjudicataire doit supporter la rente d'enzel connue ou inconnue dont l'immeuble peut être affecté.

L'article 74 du décret du 23 janvier 1935 a supprimé pour le crédit-enzeliste la nécessité d'obtenir préalablement à la saisie un titre exécutoire contre son débiteur. Désormais, en vertu de la nouvelle législation, un titre simplement inscrit sur le feuillet, ouvert en exécution des dispositions du décret au profit de l'immeuble non immatriculé, permettra aux intéressés de poursuivre l'expropriation forcée de l'immeuble.

3° *Action résolutoire.* — L'action résolutoire, qui existe au profit de toute partie engagée dans les liens d'un contrat synallagmatique, appartient au crédit-enzeliste (T. 26 nov. 1883, B. 93.101, T. 28 nov. 1887, B. 93.102, T. 13 mars 1893, B. 93.131, R.A. 93.2.237, T. 20 janv. 1898, B. 98.75) mais la coutume n'accorde au crédit-enzeliste le bénéfice de cette action que si le débit-enzeliste reste

deux années entières sans payer la redevance (mêmes décisions).

Cette résolution a-t-elle lieu de plein droit ?

Les partisans de l'affirmative font valoir que la résolution légale s'explique juridiquement par une sorte de *mora in rem* encourue par le débiteur et par le fait que la solution qu'ils proposent était celle adoptée pour l'emphytéose romaine et pour le contrat similaire de notre ancien droit, dont la résolution avait lieu *ipso jure*, sans qu'il fût nécessaire de mettre l'emphytéote en demeure par voie de sommation (Dalloz, *verbo* « Louage » n^{os} 37 et 41, Clavel, t. 11, p. 169, n^o 344). Dans ce système, la résiliation s'opèrerait même contre le gré du crédit-enzeliste; celui-ci pourrait, après l'expiration du délai légal, expulser le débit-enzeliste, mais il ne serait pas fondé à réclamer le paiement des arrérages pour les années subséquentes. (T. 3 nov. 1888, B. 93.101, R. A. 90.2.430, A. 23 mars 1896, R.A. 96.2.297).

Mr Clavel fonde cette opinion sur la ressemblance du contrat d'enzel avec l'emphytéose romaine. Cet argument ne paraît pas convaincant : les droits du débit-enzeliste sont fort éloignés de ceux de l'emphytéote.

Le tribunal de Tunis s'est prononcé pour la négative. Il estime les conséquences de la résolution de plein droit à la fois graves pour le débit-enzeliste, qui risque de perdre son droit à la suite d'une simple négligence, et pour le crédit-enzeliste, qui risque de voir le débit-enzeliste s'exonérer du paiement de la rente par le non-paiement volontaire de la redevance pendant deux ans (T. 13 mars 1893, B. 93.128, R.A. 93.2.237, T. 20 juil. 1894, B. 94.474.)

Cette dernière considération n'est d'ailleurs pas déterminante, car, dans l'hypothèse d'une résolution légale, l'enzeliste devrait dédommager le crédit-enzeliste de son indue possession et serait à ce titre redevable, sinon du paiement des arrérages, du moins d'une indemnité correspondant à la privation de jouissance. La solution de la jurisprudence est conforme aux principes généraux du droit, qui s'opposent à ce que l'inexécution d'une obligation par l'une des parties contractantes soit suffisante pour opérer *ipso facto* la résolution d'un contrat (T. 19 janv. 1898, B. 01.120). Elle trouve en outre un appui dans les usages établis dans la Régence, usages que les articles 88 et 89 de la loi foncière contenant des prescriptions différentes n'ont pas modifiés, car ils ne sont pas applicables aux immeubles non immatriculés (T. 13 mars 1893, B. 93.131, T. 20 juil. 1894, B.94.474).

La résolution doit donc être demandée en justice et les juges, en vertu de leur pouvoir d'appréciation, peuvent accorder un délai au débit-enzeliste pour se libérer, mais ils ne pourront, aux termes d'un arrêt de la Cour de cassation (Cass. civ. 28 mars 1904, B.04.189) exiger du crédit-enzeliste que, préalablement, il fasse sommation ou commandement au débit-enzeliste de régler ce qu'il doit : l'exploit introductif d'instance constitue à cet égard, une mise en demeure suffisante. Par contre, il a été jugé (A. 20 juin 1907, B.08.249) que l'on peut insérer dans le contrat une clause de résiliation de plein droit.

Le tribunal de Tunis a également jugé que le contrat, une fois définitivement résolu par la justice, ne saurait revivre par l'offre postérieure faite par le débiteur de régler l'arriéré dû et les frais (T.17 janv. 1889, B. 93.104, R.A. 89.2.338).

Le Code Tunisien des obligations et contrats consacre formellement ces principes. Il indique cependant que le crédit-enzélisme devra tenir compte au débit-enzélisme des impenses utiles faites par celui-ci, à la double condition qu'elles soient antérieures à la demande en résolution et subsistantes au moment du retour de l'immeuble entre les mains du crédit-enzélisme.

L'article 972 du même code dispose que l'action en résolution est arrêtée par le paiement des arrérages échus, des frais et la remise d'une caution ou d'une autre sûreté valable pour deux années à venir. Les créanciers du débit-enzélisme peuvent, dans les mêmes conditions, arrêter les poursuites.

Il résulte des dispositions du décret du 23 janvier 1935 que, pour être opposable aux tiers, la demande en résolution devra être inscrite ou prénotée sur le feuillet foncier créé par ce décret. La clause de résiliation de plein droit devra également, pour être opposable aux tiers, être inscrite, ou avoir été prénotée.

4° *Privilège mobilier.* — L'article 1632, 2° du Code Tunisien des obligations et contrats donne au crédit-enzélisme un privilège mobilier sur les fruits de la récolte de l'année, sur les produits du fonds et les meubles du preneur garnissant l'immeuble cédé à enzel.

II. *Obligations du crédit-enzélisme.*

Quelle que soit la nature des droits cédés par le crédit-enzélisme au débit-enzélisme, que ces droits participent de la vente, du louage ou de la copropriété, le droit naturel impose au crédit-enzélisme certaines obligations dont l'inobservation autoriserait le débit-enzélisme à refuser —

par application du principe inscrit en droit français dans l'article 1184 du Code civil — d'exécuter ses propres obligations et à requérir l'allocation de dommages-intérêts.

Ces obligations principales sont au nombre de deux : ce sont l'obligation de délivrance et celle de garantie.

1^o *Obligation de délivrance.* — L'obligation de délivrance est absolue, et tant qu'il n'y aura pas été satisfait, le débit-enzeliste pourra refuser le paiement de la redevance et demander la résiliation du contrat (A. 8 mai 1889, B.93.99, R.A.90.2.429, T. 15 févr. 1892, B.94.265, T. 3 avril 1895, B. 95.260).

2^o *Obligation de garantie.* — L'obligation de garantie a fait l'objet de discussions plus longues. Un jugement du 14 janvier 1885 (T. 14 janv. 1885, B. 93.85, R.A. 85.2.203, note) en avait consacré l'existence, mais en avait limité les effets au premier débit-enzeliste, en soutenant que les cessionnaires ultérieurs ne pouvaient s'en prévaloir. Le tribunal en donnait comme raison que, n'ayant pas été parties au contrat primitif, aucun lien de droit n'avait pu se former entre eux et le vendeur à enzel. Cette jurisprudence était erronée : les cessionnaires ont les mêmes droits que leurs auteurs ; de plus, les détenteurs payent une redevance au crédit-enzeliste et peuvent être poursuivis en paiement par ce dernier ; il est donc inexact de soutenir qu'il n'existe pas entre les parties de lien de droit. La jurisprudence est revenue sur cette première opinion et a reconnu à tous les cessionnaires ultérieurs le droit à la garantie (A., 8 mai 1889, B.93.99, R. A. 90. 2. 429, T. 10 mars 1893, B. 93. 127). Il en résulte que le débit-enzeliste évincé en tout ou partie peut, soit demander la

rescicion ou la résolution du contrat, soit refuser de payer les arrérages de la rente. (T. 15 févr. 1892, B. 94. 265, T. 3 avr. 1895, B. 95. 260).

Il est évident que l'obligation de garantie ne concerne que le trouble de droit. Il faut, pour que l'action en garantie puisse être exercée, que le trouble ait une cause juridique et ait un fondement dans le droit d'un tiers méconnu par le crédit-enzeliste lors de la cession à enzel. Le débit-enzeliste, une fois mis en possession, doit lutter lui-même contre les empiètements matériels de ses voisins. (T. 18 mars 1885, B. 89. 63, T. 30 janv. 1895, B. 95. 197, Ouzara, 16 août 1910, B. 11. 44).

En cas d'éviction, le débit-enzeliste pourrait demander au crédit-enzeliste le remboursement des sommes payées (sous déduction de la valeur, à dire d'experts, de sa jouissance), la restitution des fruits dont il s'est trouvé privé et la valeur des constructions et améliorations par lui faites sur le fonds.

Par contre, il a été jugé fort sagement que le contrat d'enzel ne peut être résolu ou annulé, sous prétexte que la quotité de la rente n'est pas en rapport avec la valeur de l'immeuble (T. 20 juill. 1894, B. 94. 474). Il appartient en effet au débit-enzeliste de ne contracter qu'en connaissance de cause.

Ces principes, dégagés par la jurisprudence française, se retrouvent dans le Code tunisien des obligations et contrats. En effet, les articles 957, 958 et 959 de ce code disposent :

Article 957 : « Le bailleur à enzel ou crédientier est tenu de délivrer l'immeuble en la possession et jouissance du tenancier. »

Article 958 : « Le crédientier doit délivrer la contenance

portée au contrat. En cas de différence, il y a lieu, soit à une réduction ou à une augmentation proportionnelle de la redevance, soit à la résolution du contrat d'après les dispositions de l'article 629 de la présente loi, le tout sauf stipulations contraires ».

Article 959 : « Les dispositions relatives à la garantie due par le vendeur s'appliquent à la garantie due par le crédirentier. »

Cependant, probablement afin d'éviter des abus dans un pays où les litiges immobiliers sont fréquents, l'article 967 du même code dispose : « Le tenancier doit payer exactement sa redevance aux époques fixées par la convention ou l'usage. Il n'a pas le droit de la retenir, soit à raison de troubles de fait ou de droit dont sa jouissance a été l'objet, soit à raison d'un prétendu défaut de contenance, sauf son recours en garantie tel que de droit contre son auteur. Toutefois, le tribunal pourra, à raison des circonstances, autoriser le tenancier à consigner la somme due. »

§ 2. *Droits et obligations du débit-enzeliste.*

I. *Droits du débit-enzeliste.*

1^o *Etendue des droits.* — « Le tenancier à enzel a le droit de jouir de l'héritage concédé dans les mêmes conditions que le propriétaire lui-même. Il peut y élever des constructions, y faire des plantations, le mettre en valeur de toutes les manières, transformer l'état des lieux. Il a la pleine propriété des améliorations par lui accomplies. Tous les produits tant civils que naturels de l'héritage concédé et des améliorations qu'il y a faites lui appartiennent, ainsi que les accroissements et accessions qui peu-

vent y survenir. Il exerce, en son nom et à partir du jour du contrat, toutes les actions tant personnelles que réelles relatives à l'héritage à lui concédé. »

Cette énumération des droits du débit-enzeliste est donnée par l'article 961 du Code tunisien des obligations et contrats. Elle correspond à la réalité, et est celle donnée par la jurisprudence française. (T. 13 et 20 mars 1893, R. A. 93. 2. 232).

D'après celle-ci, le débit-enzeliste a l'*usus* et le *fructus*, et n'est limité quant à l'*abusus* que par les droits du crédit-enzeliste. En somme, le débit-enzeliste a tous les droits d'un propriétaire, à la condition que ses actes ne préjudicient pas aux droits du crédit-enzeliste. Ainsi, par exemple, il ne pourra pas détruire l'immeuble, ni exercer des actes de jouissance abusive. Les seules questions intéressantes relatives aux droits du débit-enzeliste sont celles se rapportant aux mines et carrières. Le débit-enzeliste peut-il les exploiter? Son droit de jouissance va-t-il jusque-là?

2^o Mines. — La législation minière de la Tunisie est contenue dans le décret tunisien du 10 mai 1893, qui déclare les mines propriétés domaniales. Par suite, ni le crédit-enzeliste ni le débit-enzeliste ne peuvent prétendre à un droit de propriété sur la mine située dans le fonds. Mais, aux termes des articles 13 et suivants de ce décret, lorsque les travaux de recherches ou d'exploitation nécessiteront l'occupation temporaire d'un terrain, le propriétaire aura droit à une indemnité fixée amiablement ou judiciairement à dire d'experts. Cette indemnité, correspondant à la privation de jouissance, revient à celui qui a la jouissance de l'immeuble, c'est-à-dire au débit-enze-

liste. La situation change quand l'occupation temporaire dure plus de trois ans ou que les travaux d'exploitation rendent le sol impropre à la culture; le propriétaire du sol a alors le droit d'exiger de l'exploitant de la mine qu'il acquière le sol au double de la valeur qu'il avait avant l'ouverture de la mine. S'il s'agit d'une terre grevée d'enzel, le prix d'acquisition sera payé au débit-enzeliste, qui est propriétaire de la plus-value, sous déduction d'un capital suffisant pour assurer le service de la rente au crédit-enzeliste.

3° *Carrières*. — Dans la législation tunisienne actuelle, les carrières appartiennent au propriétaire du sol.

Quelle sera la situation du débit-enzeliste qui découvre une carrière sur son fonds? S'il se met à l'exploiter, il est évident d'un côté que, lorsque la carrière sera épuisée, l'immeuble aura subi une détérioration considérable et que la garantie du crédit-enzeliste s'en trouvera notablement amoindrie; mais d'autre part, le débit-enzeliste, investi d'un droit de jouissance absolu, a le droit de retirer de la chose tous les avantages qu'elle comporte. Il semble donc juste d'attribuer au preneur à enzel le droit à l'exploitation des carrières, sous réserve toutefois des mesures à prendre en faveur du crédit-enzeliste pour sauvegarder ses droits. Les tribunaux de Tunisie n'ont pas eu jusqu'à ce jour à trancher la question; cependant, ils ont laissé entrevoir leur opinion dans un jugement du 24 mai 1897 (T. 24 mai 1897, B. 97. 319), qui paraît admettre qu'une cession à enzel, régulièrement passée, confère au preneur le droit d'exploiter les carrières situées sur le fonds.

Il est à noter que la comparaison avec le preneur à rente foncière de l'ancien droit français interdirait au débit-

enzeliste d'ouvrir une carrière sur son fonds sans le contentement du crédit-enzeliste (coutume d'Orléans, art. 490).

II. *Obligations du débit-enzeliste.*

L'obligation essentielle du débit-enzeliste est de payer la redevance convenue. Il est en outre obligé de se soumettre aux obligations accessoires qui ont pu être stipulées au contrat, telles par exemple les obligations d'élever des constructions, de planter, de dessécher... etc...

Section II. — Immeubles immatriculés.

§ 1^{er}. *Droits et obligations du crédit-enzeliste.*

I. *Droits du crédit-enzeliste.*

Le crédit-enzeliste a droit à la redevance telle qu'elle est fixée par le contrat de cession à enzel. Cette redevance peut faire l'objet d'un usufruit (art. 92 de la loi foncière).

Pour en assurer le recouvrement, il dispose d'un privilège muni du droit de suite et du droit de préférence et des trois actions : réelle, personnelle et en résiliation, déjà examinées à propos des droits du crédit-enzeliste lorsque l'immeuble cédé à enzel n'est pas immatriculé.

1^o *Le privilège.* — Les droits du crédit enzeliste sont garantis par un privilège, dont la nature et les effets sont réglementés par les articles 84, 87, 228, 229, 358 et 368 de la loi foncière du 1^{er} juillet 1885.

L'article 87 est ainsi conçu : « Il (le crédit-enzeliste) a sur l'immeuble tenu à enzel un privilège pour le paiement de sa rente et le droit suit l'immeuble en quelques mains qu'il passe. » Les autres articles sont relatifs à la durée

de l'inscription (égale, dit l'article 228, à la durée du privilège), au rang du privilège (art. 229).

Ce privilège présente des caractères particuliers qui, suivant les cas, le rapprochent de l'hypothèque ou l'en éloignent.

Il se rapproche de l'hypothèque en ce qu'il est assujéti à l'inscription (art. 84 et 228) et en ce que ce privilège ne prend rang que du jour de son inscription. Celle-ci est d'ailleurs prise d'office par le conservateur au moment de l'immatriculation ou au moment du dépôt de l'acte de cession à enzel (art. 358). Une autre ressemblance avec l'hypothèque réside dans le droit de suite qui est attaché au privilège du crédit-enzeliste (art. 87 et 275).

Il convient ici de rappeler qu'en fait, le privilège aura toujours le premier rang. En effet, d'une part, l'article 358 de la loi foncière oblige le conservateur de la propriété foncière à inscrire d'office le privilège du crédit-enzeliste en même temps que l'acquisition du débit-enzeliste, or l'inscription de celle-ci a lieu nécessairement (art. 357) avant toute inscription d'hypothèque à la charge du débit-enzeliste, et d'autre part, l'inscription prise en Tunisie au profit du crédit-enzeliste ne se périmé pas. Il en serait de même au cas où par extraordinaire le conservateur omettrait d'inscrire d'office le privilège; celui-ci serait quand même rendu public par l'inscription de la cession à enzel, qui mentionne nécessairement la qualité d'enzeliste du nouveau propriétaire.

Le privilège du crédit-enzeliste diffère par d'autres côtés de l'hypothèque. L'article 260 du Code foncier, qui dispose que les créanciers inscrits le même jour viennent au même rang et en concurrence, n'est pas applicable au crédit-enzeliste. Celui-ci passe le premier. En outre, le

privilège est plus étendu que l'hypothèque : il garantit à la fois le service ultérieur de la rente et les arrérages échus (T. mixte, 28 janv. 1907 et 31 déc. 1907, B. 08. 145, T. mixte, 12 juill. 1911, R. A. 12. 2. 35).

Il faut cependant noter que ce point de vue n'a pas été adopté sans discussion. En effet, l'article 237 du Code foncier donne au créancier inscrit pour un capital produisant intérêts ou arrérages le droit d'être colloqué pour une année seulement (actuellement trois ans) et pour l'année courante (actuellement supprimé), au même rang que pour son capital. Or, cet article reproduisait l'article 2151 du Code civil, qui avait été interprété comme applicable aux rentes en raison de ce que le mot arrérage y figure (Poitiers, 7 déc. 1887, D. P. 97. 2. 60). Cette opinion fait une confusion entre la nature des droits des crédirentiers et ceux des crédit-enzelistes, qui ne sont pas les mêmes.

La somme garantie par le privilège peut être très importante. En effet, si le crédit-enzeliste prend soin d'interrompre régulièrement la prescription, il peut conserver son privilège pour de nombreuses redevances arriérées. Il a même été jugé (T. 28 déc. 1896, B. 97. 78) que l'effet de l'inscription s'étend aux annuités non prescrites échues avant l'immatriculation de l'immeuble.

La dernière différence du privilège du crédit-enzeliste avec l'hypothèque réside dans l'impossibilité de purger ; l'obligation de servir la rente est attachée à la personne du propriétaire de l'immeuble. Or celui-ci, qui est personnellement tenu, ne peut purger.

Le privilège du crédit-enzeliste ne s'étend pas aux frais de poursuites, créance dont le montant est essentiellement indéterminé (T. mixte, 12 juill. 1911, R. A. 12. 2. 35).

Le droit du crédit-enzeliste et le privilège qui le garantit

ne peuvent pas être hypothéqués. La loi foncière de 1885 en avait décidé autrement, mais le législateur est revenu sur son opinion lors de la revision de 1892 (T. mixte, 29 déc. 1900, B. 01. 288, T. mixte, 26 oct. 1903, B. 03. 617, T. mixte, 31 mars 1905, B. 05. 541).

2° *Les actions* : A) *L'action résolutoire*. — L'action résolutoire se présente exactement dans les mêmes conditions que pour les immeubles non immatriculés. Cette solution est conforme à l'esprit de la loi foncière qui, dans ses articles 146 et 247, autorise le vendeur à se prévaloir de l'action en résolution de la vente. Le droit de résolution devra donc être accordé à tout enzeliste qui l'aura conservé par une inscription (arg. art. 248) ou par une prénotation sur le titre foncier. Les droits du débit-enzeliste ne peuvent pas s'éteindre par le seul fait du non-paiement de la rente. Il est nécessaire, en effet, en raison des principes de publicité posés par la loi foncière, qu'ils soient résolus par une décision de justice (T. 19 janv. 1898, B. 01. 120), laquelle pourra d'ailleurs se borner à constater la résiliation, si une clause du contrat de cession à enzel inscrite sur le titre foncier a prévu que le contrat sera résolu de plein droit par le seul fait du non-paiement de la redevance pendant un certain laps de temps (A. 20 juin 1907, B. 08. 249).

B) *L'action réelle*. — L'action réelle en expropriation est l'action principale dont disposera le crédit-enzeliste pour obtenir le règlement de son dû. Jusqu'au décret du 15 mars 1892, l'expropriation ne pouvait avoir lieu qu'après obtention par le crédit-enzeliste d'un titre exécutoire. Le décret du 15 mars 1892 dispose que la procédure d'expropriation peut être poursuivie par le crédit-enzeliste, et plus généralement par tout créancier inscrit, sans avoir

besoin d'obtenir au préalable un titre exécutoire, un titre simplement inscrit étant suffisant (art. 195).

Cependant cet article, qui à la lecture paraît limpide, a fait l'objet de controverses innombrables auxquelles un arrêt de cassation n'a pas mis fin. C'est ainsi qu'aux dates des 19 et 24 janvier 1889 (B. 98. 352 et 01. 120) et du 15 novembre 1899 (B. 99. 646), des décisions du tribunal de Tunis et de la cour d'Alger rappellent que le crédit-enzeliste doit, pour saisir l'immeuble sur lequel porte son privilège, obtenir contre le débit-enzeliste jugement de condamnation au paiement des arrérages.

La question ne fait cependant plus de doute aujourd'hui et le crédit-enzeliste ne voit plus discuter le droit d'exercer son action réelle sans titre exécutoire.

C) *L'action personnelle.* — L'article 89 de la loi foncière retient la responsabilité personnelle du débit-enzeliste, mais tout à fait à titre subsidiaire. Il est ainsi conçu : « En cas d'insuffisance du prix de vente, l'enzeliste (débit-enzeliste) ne sera tenu personnellement que des arrérages des deux premières années qui pourront être dues. »

De nombreuses questions se sont posées devant les tribunaux qui ont eu à connaître de l'application de cet article.

a) *L'expropriation préalable est-elle nécessaire ?* — Le débit-enzeliste peut-il, avant d'être poursuivi personnellement, requérir la saisie immobilière de l'immeuble ? En d'autres termes, supposons qu'un créancier inscrit poursuive personnellement le débit-enzeliste qui lui doit un semestre ou une années de redevance ; celui-ci peut-il demander au crédit-enzeliste de saisir au préalable l'immeuble ? Une réponse affirmative, qui ne saurait d'ailleurs être invoquée d'office par le juge (car le débit-enzeliste peut avoir intérêt à se laisser exécuter personnellement

plutôt que de se voir exproprier de l'immeuble grevé), paraît s'imposer.

En faveur de cette manière de voir, nous n'avons pu trouver qu'un jugement du tribunal civil de Tunis (T. 1^{er} juill. 1907, B. 08. 516) qui déclare que le crédit-enzeliste d'un enzel grevant un immeuble immatriculé doit, si le débit-enzeliste l'exige, poursuivre le paiement des arrérages échus par la vente préalable de l'immeuble grevé, le débit-enzeliste n'étant personnellement tenu que des arrérages des deux dernières années. Contre cette thèse, on a cité un arrêt de la cour d'Alger du 30 décembre 1895 (B. 97. 25, R. A. 97. 2. 173), qui autorise le débit-enzeliste à exercer l'action réelle et l'action personnelle en même temps, mais qui est muet sur la question d'exécution. Or, à l'époque où cet arrêt a été rendu, la cour d'Alger, interprétant faussement l'article 295 de la loi foncière, n'autorisait pas encore le crédit-enzeliste à saisir immobilièrement l'immeuble grevé de son privilège sans avoir en main un titre exécutoire. L'arrêt ne peut donc en réalité être interprété ni dans un sens ni dans l'autre.

Il résulte de ce qui précède qu'avant la modification du 15 mars 1892, le crédit-enzeliste devait prendre jugement de condamnation contre le débit-enzeliste mais, cela fait, surseoir à l'exécution mobilière jusqu'à la fin de la procédure de saisie immobilière. C'est à cette solution que se sont ralliés un jugement du tribunal de Tunis du 24 janvier 1898 (B. 98. 325) et un arrêt de la cour d'Alger du 15 novembre 1899 (B. 99. 646, R. A. 00. 2. 17), qui, par ailleurs, en interprétation inexacte des dispositions du décret du 15 mars 1892, exigent du crédit-enzeliste qu'il prenne jugement de condamnation contre le débit-enzeliste, alors qu'intervenues après la promulgation de ce décret, ils

auraient dû, en appliquant le principe exact qu'ils ont retenu, surseoir à statuer jusqu'après la saisie. Ces solutions sont les seules logiques; admettre le contraire, c'est permettre au crédit-enzeliste de tourner les dispositions bienveillantes de l'article 89 en poursuivant son débit-enzeliste à chaque échéance de la redevance sans laisser les arrérages s'accumuler.

b) Droits en matière d'arrérages échus. — Une deuxième question se pose : Quels sont les droits du crédit-enzeliste en matière d'arrérages échus? L'article 89 de la loi foncière y répond expressément : lorsque, après saisie immobilière, le prix de vente de l'immeuble n'atteint pas une somme suffisante pour le désintéresser, le crédit-enzeliste a un recours personnel contre tous les autres biens du débit-enzeliste, à concurrence de ce qui peut lui être dû au jour de la vente sur saisie immobilière, avec un maximum égal à deux années d'arrérages (T. 13 mars 1893, R. A. 93. 2. 232, T. 13 mars 1893, 2^e espèce, B. 93. 131, R. A. 93. 2. 237, T. 24 janv. 1898, B. 98. 352 et sur appel A. 15 nov. 1899, B. 99. 644, R. A. 00. 2. 17, T. 20 mars 1901, B. 01. 301, T. 1^{er} juill. 1903, B. 03. 516, T. 2 déc. 1903, B. 04. 108) et les circonstances que la rente est stipulée rachetable (T. 20 mars 1901, B. 01. 301), que les droits du crédit-enzeliste ont pris naissance avant l'immatriculation de l'immeuble (A. 15 nov. 1899, B. 99. 646) ou que le crédit-enzeliste a cédé une partie de ses droits à un cessionnaire (T. 2 déc. 1903, B. 04. 108) sont, sauf le cas de fraude ou d'engagement personnel antérieurement contracté, sans influence sur le caractère subsidiaire et limité du droit du crédit-enzeliste sur les autres biens du débit-enzeliste.

c) Droits en matières d'arrérages à échoir. — La loi

foncière ne parle que des arrérages échus. Elle semble avoir perdu de vue les arrérages à échoir. Il est pourtant intéressant de se demander ce que devient l'obligation personnelle du débit-enzeliste en ce qui concerne les arrérages à échoir lorsque, faute de paiement de la redevance, l'immeuble est saisi immobilièrement et mis aux enchères ?

S'il se présente un amateur disposé à servir la rente, il n'y a pas de difficultés. Le débit-enzeliste sera définitivement délié de toutes obligations envers le crédit-enzeliste ; mais s'il ne se présente personne, le crédit-enzeliste risque de se voir adjuger l'immeuble faute d'enchères, ou de n'en pouvoir tirer qu'un revenu diminué, ou d'avoir à le céder pour une nouvelle rente inférieure à celle stipulée lors de la première cession : il peut en résulter pour lui un préjudice. En bonne justice, la réparation de ce préjudice devrait incomber au débit-enzeliste. En effet, celui-ci profite de toute la plus-value de l'immeuble sans que le crédit-enzeliste puisse demander une augmentation de la rente et peut, au contraire, en cas de moins-value, se soustraire au service de la redevance en obligeant par sa carence le crédit-enzeliste à l'exproprier. Mais le texte de l'article 89 ne paraît pas favorable à la réparation par le débit-enzeliste de la situation fâcheuse qu'il crée ainsi volontairement au crédit enzeliste.

d) L'abandon est-il possible ? Le crédit-enzeliste peut-il, pour être dégagé de toute obligation personnelle à l'égard du crédit-enzeliste, offrir deux années d'annuités et l'abandon de l'immeuble ?

En droit, il ne le peut pas (T. 24 janv. 1898, B. 98.352), non, comme incline à le penser M. Labbe, par application de l'article 970 du Code tunisien des obligations et con-

trats, qui ne nous semble pas applicable aux immeubles immatriculés, mais parce que l'article 89 ne parle pas de la faculté d'abandon et que toute restriction au droit de gage général du créancier sur le patrimoine du débiteur doit être interprétée restrictivement. Cependant, le déguerpissement par voie détournée est possible. Il suffit au débit-enzeliste de ne pas payer la rente. Pour obtenir paiement de ce qui lui est dû, le crédit-enzeliste devra l'exproprier et, moyennant la perte de l'immeuble et le risque d'avoir à payer personnellement les deux dernières annuités échues, le débit-enzeliste sera débarrassé de la charge de la rente.

e) Conséquences du mauvais entretien de l'immeuble. — Le débit-enzeliste défaillant qui a laissé l'immeuble en mauvais état et a empêché le crédit-enzeliste de trouver un acquéreur disposé à payer la rente, peut-il être condamné à payer une indemnité? Nous n'hésitons pas à l'admettre, quoique l'article 89 ne soit pas des plus favorable à cette opinion. Il serait en effet trop commode pour un débit-enzeliste de mauvaise foi d'abuser du silence de l'article 89 pour s'enrichir aux dépens du crédit-enzeliste en retirant de l'immeuble tout ce qui en fait la valeur. Il faudrait, pour admettre l'opinion contraire, un texte formel exonérant le débit-enzeliste d'une obligation qui résulte des principes généraux; or l'article 89, malgré son caractère général, n'a certainement pas cette portée.

f) Droit aux privilèges mobiliers. — Il nous reste à examiner si le crédit-enzeliste peut se prévaloir soit du privilège du bailleur établi par le droit français, soit du privilège établi par l'article 1632, 2^o du Code tunisien des obligations et contrats. Le privilège du bailleur ne peut être invoqué; le crédit-enzeliste n'est pas un bailleur. L'ar-

ticle 1632, 2° du Code tunisien des obligations et contrats ne nous paraît pas opposable au débit-enzeliste propriétaire d'un immeuble immatriculé. Ce régime foncier fait sortir l'immeuble du champ d'application de ce code. M. Labbe est d'un avis différent et estime que le crédit-enzeliste peut requérir l'application du privilège accordé au crédit-enzeliste par cet article, mais seulement après discussion de l'immeuble, ce qui lui enlève pratiquement toute efficacité. M. Labbe, et nous sommes à ce point de vue de son opinion, estime que le Code foncier devrait être modifié : le mode normal d'exercice de son droit par le crédit-enzeliste devrait consister, à défaut de paiement volontaire de la redevance, dans la prise de possession chaque année, au besoin par voie de saisie-gagerie ou de saisie-brandon, de la portion des fruits de l'immeuble qui représente le montant de l'annuité.

II. *Obligations du crédit-enzeliste.*

Le crédit-enzeliste est tenu, en vertu des principes du droit commun, de la double obligation de délivrance et de garantie.

§ 2. — *Droits et obligations du débit-enzeliste.*

I. *Droits du débit-enzeliste.*

Le débit-enzeliste jouit de tous les attributs de la propriété, *usus*, *fructus* et *abusus*, sous la seule condition de ne pas préjudicier au droit du crédit-enzeliste. Le droit du débit-enzeliste étant sensiblement plus étendu sous le nouveau régime foncier, nous sommes enclin à ne pas soumettre le débit-enzeliste aux mêmes restrictions ; il pourra donc exploiter les carrières et tourbières sans requérir le

consentement du crédit-enzeliste, sauf à ce dernier à obtenir, par application de l'article 256 de la loi foncière, un supplément de gage ou à s'opposer à la continuation des travaux, si, par suite des fouilles et excavations, la valeur de l'immeuble venait à diminuer au point de compromettre son gage. Le droit du débit-enzeliste peut également faire l'objet d'un usufruit (art. 92).

II. Obligations du débit-enzeliste.

Le débit-enzeliste est tenu de payer la redevance et d'exécuter les autres obligations accessoires mises à sa charge par le contrat de cession à enzel.

CHAPITRE VI

TRANSFORMATION DU CONTRAT D'ENZEL

Section I. — Transformations dans le personnel.

§ 1. *Cession de l'enzel.*

La question de savoir si le crédit-enzeliste peut céder son droit ne se pose pas en matière d'enzel d'une manière spéciale : elle est régie par le droit commun, en sorte que les rentes grevant des immeubles melks sont librement cessibles et que celles grevant des immeubles habous sont en principe inaliénables. Nous n'entendrons donc par cession de l'enzel que l'opération par laquelle le débit-enzeliste cède la propriété de l'immeuble qu'il détient à enzel à un tiers.

Cette opération pose trois problèmes principaux :

I. L'autorisation du crédit-enzeliste est-elle nécessaire ?

II. L'enzel est-il cessible moyennant une rente perpétuelle ?

III. Quels sont les effets de la cession ?

I. *L'autorisation du crédit-enzeliste est-elle nécessaire ?*

Ce problème, qui est aujourd'hui réglementé dans les litiges entre sujets beylicaux par les articles 963 à 965

du Code tunisien des obligations et contrats et, lorsqu'il y a des Européens en jeu, par une jurisprudence bien assise, a fait couler beaucoup d'encre.

1^o *Immeubles non immatriculés.* — Un premier système, repris dans un jugement du tribunal civil de Tunis confirmé en appel (T. 10 mars 1884, B. 93.117, R. A. 85.2.206) a soutenu que la transmission d'un enzel ne pouvait être faite valablement qu'avec la ratification du crédit-enzeliste, qui conserverait ainsi à l'égard de toutes les transmissions successives de propriété d'un terrain cédé à enzel le droit de refuser ou d'accepter tout nouvel acquéreur. Un deuxième système, radicalement en sens contraire, a soutenu que l'acquisition d'un enzel constituait une acquisition de droits réels immobiliers et qu'en conséquence, l'acquéreur n'était tenu à aucune notification (T. 15 mai 1893, B. 98.24).

Ces deux systèmes sont à rejeter. Le premier empêche toute transmission de l'immeuble, même par voie de saisie immobilière et subordonne à la volonté, capricieuse ou intéressée du crédit-enzeliste, la possibilité d'un transfert de propriété. Le deuxième présente pour ce dernier l'inconvénient de permettre à un débit-enzeliste sans scrupule d'épuiser le fonds, de le dépouiller de tout ce qui en fait la valeur (constructions, plantations, irrigations, carrières, etc.), puis de se débarrasser du fardeau de la rente en le transmettant à un complice insolvable.

Aussi ces deux systèmes qui, au surplus, étaient contraires à la loi, ont-ils été rapidement abandonnés. En effet, un décret beylical du 7 juin 1880 dispose brièvement que les notaires sont tenus de dresser les actes relatifs aux transferts des enzels sans avoir à s'assurer du consentement du propriétaire et qu'ils sont seulement tenus de lui en donner avis.

On ne comprend pas comment, en présence d'un texte aussi clair, la jurisprudence a pu hésiter. Quoi qu'il en soit, ces hésitations ont cessé et toute une série de décisions ont fait prévaloir un troisième système : celui qui cède un immeuble qu'il tient à enzel n'est tenu que de dénoncer la vente au bénéficiaire à fin de lui déléguer les droits qu'il a sur l'acheteur (T. 27 mai 1885, sous A. 4 janv. 1887, B. 93.82; T. 3 nov. 1888, B. 93.102; T. 16 avr. 1890, B. 90.117, R. A. 90.2.431; T. 15 févr. 1892, B. 93.362; T. 13 et 20 mars 1893, B. 93.128 et 164, R. A. 93.2.232; T. 9 avr. 1894, B. 97.379, R. A. 94.2.35; T. mixte, 17 déc. 1895, B. 96.81; Paix Tunis-Nord, 26 déc. 1895, B. 96.87; T. mixte, 20 janv. 1898, B. 98.75, A. 4 déc. 1902, B. 04.1, R. A. 03.2.320; T. 17 déc. 1902, B. 03.26, R. A. 03.2.364; T. 22 mars 1905, B. 05.230, A. 16 oct. 1905, B. 06.279).

Le but de cette notification est de permettre au crédit-enzeliste de se renseigner sur le nouveau débit-enzeliste et de s'opposer à la cession, si son insolvabilité n'est pas douteuse ou s'il y a des motifs légitimes de le refuser (T. 9 avr. 1894, B. 97.379, R. A. 94.2.358, T. 17 déc. 1902, B. 03.26, R. A. 03.2.364, T. 13 avr. 1904, B. 05.98, T. 22 mars 1905, B. 05.230, A. 16 oct. 1905, B. 06.279). Le crédit-enzeliste a la charge de la preuve des motifs légitimes ou de l'insolvabilité, preuve qui, s'agissant de faits, peut être faite par tous moyens (T. 17 déc. 1902, B. 03.26). Par contre, les tribunaux peuvent contraindre le crédit-enzeliste à accepter la cession refusée d'une manière injustifiée ou autoriser le débit-enzeliste à passer outre. La jurisprudence, avec juste raison, n'a pas admis la distinction que certains voulaient faire en la matière entre les enzels constitués au profit de fondations habous et ceux existant au profit de simples particuliers (T. mixte, 2 juill. 1895, B. 95.518; T.

17 déc. 1895, B. 96.81). La convention contraire contenue dans le titre constitutif de l'enzel est évidemment valable (A. 4 déc. 1902, B. 04.1, R. A. 03.2.320). Cette jurisprudence se retrouve entièrement dans le Code tunisien des obligations et contrats : l'article 963 dispose en effet que le consentement du propriétaire direct (crédit-enzeliste) n'est pas requis pour la validité de la cession de l'enzel mais que le tenancier (débit-enzeliste) est tenu de lui en donner avis par lettre recommandée avec accusé de réception.

Le crédit-enzeliste, s'il estime avoir de justes motifs pour cela, peut s'opposer à la cession. Son opposition doit être formulée dans les soixante jours de la notification. L'article 965 dispose que, jusqu'à la notification, la cession n'a aucun effet à l'égard du crédit-enzeliste et que le débit-enzeliste reste personnellement responsable de la redevance jusqu'au jour de la notification régulière. De plus, cet article dispose que, malgré le recours qu'il conserve contre le débit-enzeliste négligent, le crédit-enzeliste peut, s'il le connaît, exercer également son recours solidairement contre le cessionnaire non dénoncé.

2° *Immeubles immatriculés.* — Lorsque l'immeuble est immatriculé, il n'y a plus aucune restriction. La cession de l'enzel est permise sans qu'il soit même nécessaire d'aviser le crédit-enzeliste, dont la véritable garantie est l'immeuble et qui n'a, contre le débit-enzeliste pris personnellement, que des droits réduits. Il est, en effet, de principe que rien ne doit faire obstacle à la libre circulation des biens et que toute règle contraire est nulle de droit.

II. *L'enzel est-il cessible moyennant une rente perpétuelle?*

1° *Immeubles non immatriculés.* — Il faut répondre affirmativement à cette question. L'enzel est un bien

matériel et, comme tel, est susceptible d'être cédé moyennant une rente perpétuelle. Mais, et c'est là le point important, cette rente n'est pas un enzel et le cédant n'acquiert qu'un simple droit mobilier de créance (T. 3 nov. 1888, B. 93.102, R. A. 90.2.430, T. 30 mai 1892, B. 94.525, T. 15 mai 1893, B. 93.246, T. 5 août 1893, R. A. 94.2.78, T. 26 nov. 1894, B. 95.119, T. 24 mai 1895, B. 95.504) : une règle coutumière du droit musulman, exprimée par le brocart « enzel sur enzel ne vaut », empêche en effet la constitution d'une deuxième rente d'enzel présentant tous les caractères de la première. Cela est logique : la première rente d'enzel donne au crédit-enzeliste un droit réel sur la propriété ; en cédant à enzel son propre droit, le débit-enzeliste retiendrait quelque chose qui n'est pas dans son patrimoine.

En revanche, rien ne l'empêche de céder ses droits moyennant une rente perpétuelle, mais celle-ci consistera en un simple droit de créance.

Il en résulte que la nouvelle rente stipulée peut être supérieure à celle que le cédant s'était lui-même engagé à payer envers le propriétaire primitif (T. 15 mai 1893, B. 93.246) et que, si le cédant entend obtenir des garanties pour le paiement de sa créance mobilière, il doit, dans l'acte de cession, se faire consentir une sûreté sur l'immeuble. Certains cessionnaires avaient essayé d'inscrire sur le titre de propriété leur privilège ; les tribunaux n'en ont tenu aucun compte, car l'inscription ainsi prise ne change pas la nature mobilière du droit et n'est pas opposable au crédit-enzeliste (T. 24 mai 1895, B. 95. 504).

Le Code tunisien des obligations et contrats a reproduit la jurisprudence des tribunaux français en décidant dans son article 966 que « la cession faite par le tenancier (débit-

enzeliste) de son droit de jouissance ne constitue pas en faveur du cédant un nouveau droit d'enzel ou autre droit réel sur l'immeuble. Elle ne crée entre les parties qu'un simple droit d'obligation. »

Il est probable que la nouvelle législation résultant de la promulgation du décret du 23 janvier 1935 permettra l'inscription en second rang de la rente et, le cas échéant, des garanties réelles offertes par le cessionnaire.

2° *Immeubles immatriculés.* — Lorsque l'immeuble est immatriculé, la jurisprudence a décidé que la règle changeait du tout au tout. D'après elle, l'adage « enzel sur enzel ne vaut » ne saurait recevoir d'application en matière d'immeubles immatriculés, aucune disposition de la loi foncière n'interdisant la constitution de plusieurs rentes perpétuelles sur le même immeuble.

C'est ainsi que le tribunal de Tunis, après avoir cependant hésité, a décidé (T. 10 nov. 1912, R. A. 13.2.379) que le crédit-enzeliste qui a fait saisir et vendre à la barre l'immeuble grevé de deux rentes et qui en est resté adjudicataire faute d'enchères, devient débiteur de la deuxième rente, alors surtout qu'il l'a expressément indiquée comme une charge grevant l'immeuble mis en vente lors de la rédaction du cahier des charges.

La thèse adoptée par ce jugement est-elle celle de la loi foncière ?

A dire vrai, celle-ci ne parle pas de cette question et la définition qu'elle donne de l'enzel « propriété grevée d'une rente perpétuelle » ne paraît guère favorable à la constitution de deux ou plusieurs rentes superposées : en effet, la deuxième rente ne grève pas une propriété, mais un enzel. Néanmoins, le tribunal mixte et le conservateur n'ont jamais hésité à admettre les enzels de deuxième rang, car cette pratique ne présente guère d'inconvénients.

Il fallait cependant la légitimer en droit. On l'a fait en reconnaissant que les rentes de deuxième et troisième rang ne constituent pas de véritables rentes d'enzel garanties par le privilège des articles 87 et suivants de la loi foncière et qu'en réalité, ce sont des rentes perpétuelles ordinaires dues personnellement par le sous-preneur. Il n'en résulte aucun inconvénient pour celui-ci, car ces rentes sont généralement garanties par une hypothèque, ce qui a pour effet de leur donner, avec cependant des caractères légèrement différents, la garantie réelle qui existe au profit des débit-enzelistes. Ce qui est certain, c'est que l'établissement d'une rente de second rang ne doit pas nuire au privilège du bénéficiaire de la rente de premier rang, soit en diminuant son étendue, soit en gênant son exercice. Par conséquent, le crédit-enzeliste de premier rang ne sera point tenu, en saisissant l'immeuble, de signaler l'existence de la rente de deuxième rang dans le cahier des charges et d'imposer à l'adjudicataire l'obligation de la supporter. Admettre le contraire et l'obliger à signaler cette deuxième rente, pourrait aboutir, si l'immeuble a baissé de valeur, à le voir rester adjudicataire sur saisie réelle avec obligation de payer la deuxième rente et à ce résultat singulier de rendre le crédit-enzeliste de deuxième rang plus privilégié en fait que celui du premier rang.

Cependant si le premier crédit-enzeliste met dans le cahier des charges l'obligation d'assurer le service de toutes les rentes existant sur l'immeuble saisi, il sera, s'il reste adjudicataire, responsable de celles-ci. Il n'y a là que la simple application du droit commun. L'adjudicataire est obligé de respecter les clauses et conditions du cahier des charges, même s'il est saisissant, car l'insertion de ces clauses et notamment de la clause mettant obligatoirement à la char-

ge de l'adjudicataire le service de la deuxième rente, a pu avoir pour effet d'écarter les acheteurs éventuels.

III. *Effets de la cession.*

La cession d'enzel est essentiellement translatrice des droits réels, puisqu'elle consiste dans l'aliénation d'un droit immobilier. Le cessionnaire devient débiteur des arrérages de la rente (T. 19 juin 1893, B. 97.228); par contre, le crédit-enzeliste lui doit la garantie; un en mot, le cessionnaire est subrogé activement et passivement aux droits du débit-enzeliste. Le crédit-enzeliste possède donc une action directe contre le nouvel acquéreur pour le paiement de la rente et il est même obligé, si la cession lui a été notifiée, de ne s'adresser qu'au cessionnaire (T. 19 juin 1893, B. 97.228). Il appartiendra donc au cessionnaire de ne payer au cédant le montant de la deuxième rente stipulée au profit de ce dernier, qu'après s'être assuré que le crédit-enzeliste a été désintéressé (T. 19 juin 1893, B. 97.228).

L'acceptation par le crédit-enzeliste de la cession n'a d'effet qu'à partir de la prochaine échéance. Elle ne libère pas le cédant de l'arriéré et n'engage pas le cessionnaire de cet arriéré.

L'article 964 du Code tunisien des obligations et contrats reproduit ces règles et déclare que la cession de l'enzel emporte subrogation du nouveau tenancier aux droits et obligations résultant du contrat d'enzel en faveur et à la charge de son auteur.

§ 2. *Le morcellement et le cantonnement de l'enzel.*

La propriété cédée à enzel est très souvent l'objet de morcellements provenant de successions, de ventes partiel-

les, de donations, qui mettent en face du crédit-enzeliste deux ou plusieurs débit-enzelistes.

Si la possibilité et les conséquences du morcellement ont été envisagées par les parties lors de l'établissement du contrat de cession à enzel, on suit, au moins en ce qui concerne les immeubles melks cédés à enzel, les stipulations du contrat, lesquelles pour la plupart interdisent purement et simplement le morcellement ou stipulent qu'il y aura solidarité entre les différents débit-enzelistes qui viendront à exister et indivisibilité du privilège qui garantit le paiement de la rente. Mais lorsqu'il s'agit d'immeubles habous cédés à enzel, ou que, comme c'est la grande majorité des cas, rien n'a été prévu par le contrat de cession à enzel, que se passe-t-il ?

Deux questions principales doivent être examinées :

Le morcellement et le cantonnement proposés par le débit-enzeliste sont-ils obligatoires pour le crédit-enzeliste ?

Quels sont les droits du crédit-enzeliste vis-à-vis des différents débit-enzelistes, lorsque le morcellement lui a été imposé par les circonstances ?

1. *Le morcellement et le cantonnement sont-ils obligatoires pour le crédit-enzeliste ?*

Il faut distinguer entre les immeubles melks et les immeubles habous : peu importe qu'ils soient ou non immatriculés, ou que le habous soit privé ou public.

1° *Immeubles habous*. — Avant le décret du 16 juin 1895, on ne pouvait, en matière d'immeubles habous, imposer à la fondation le morcellement de la rente. De nombreux abus se produisirent, apportant une sérieuse entrave au développement de la colonisation et de l'urbanisme.

C'est dans ces conditions que l'administration des habous se vit imposer le morcellement et le cantonnement, moyennant une augmentation de la rente de chacun des lots détachés, sans qu'elle fût en aucun cas inférieure à cinq francs et variant d'après un barème basé sur le taux de la rente et la nature rurale ou urbaine de la propriété morcelée. Le minimum de cinq francs fut postérieurement réduit à un franc.

L'augmentation de la rente s'explique par les frais supplémentaires et les ennuis que peut causer au crédit-enzeliste le fait d'avoir en face de lui plusieurs débiteurs au lieu d'un seul.

Aux termes du décret, la répartition de la rente doit se faire proportionnellement à la valeur des lots, après entente avec le bénéficiaire de l'enzel et, au cas où ce bénéficiaire est un descendant du fondateur du habous, après ratification de la Djemaia des habous. En cas de désaccord, le débiteur-enzeliste provoque une expertise légale à ses frais.

Le morcellement obligatoire avec augmentation de la rente n'était opposable qu'à l'administration des habous. Il était facultatif pour les bénéficiaires de habous privés.

Un décret du 22 janvier 1905 relatif au rachat des rentes d'enzel a, en grande partie, étendu ce régime aux habous privés. L'article 4 de ce décret étend aux bénéficiaires de habous privés l'obligation de subir le morcellement et le cantonnement de la rente. L'un et l'autre doivent s'opérer conformément aux stipulations du décret du 16 juin 1895.

A la suite d'un décret paru au *Journal officiel* arabe le 19 décembre 1905, dont le but était de mettre en concordance le texte arabe avec le texte français du décret du 22 janvier 1905, on s'est ému dans les milieux indigènes de l'interprétation qui en était donnée par certains com-

mentateurs, qui y avaient cru voir la possibilité d'imposer le cantonnement de l'enzel sur une partie de la propriété et de rendre, en cas de morcellement, telle autre partie melk. Cette interprétation était erronée. Néanmoins, pour couper court à l'échauffement possible des esprits, le gouvernement prit le 21 mai 1906 un nouveau décret mettant complètement d'accord l'esprit et la lettre de la loi. Ce décret innove d'ailleurs sur un point : l'expertise légale du décret du 16 juin 1895 disparaît et les litiges sont tranchés par la juridiction qui connaît des litiges en matière de rachat de rentes d'enzel, c'est-à-dire, suivant les cas, par le président du tribunal civil statuant en matière de référé, le tribunal mixte ou le premier ministre de Son Altesse le Bey.

2° *Immeubles melks*. — Le morcellement et le cantonnement ne peuvent être imposés au crédit-enzeliste. Ce principe, toujours admis, a été sanctionné par l'article 962 du Code tunisien des obligations et contrats, qui dispose que le débit-enzeliste ne peut céder ses droits en partie sans le consentement du propriétaire direct et que toute cession partielle accomplie sans le consentement de ce dernier n'a aucun effet vis-à-vis de lui. Néanmoins les questions que pose le morcellement n'en disparaîtront pas pour cela, car en fait, il arrive souvent que le crédit-enzeliste trouve en face de lui plusieurs débit-enzelistes sans avoir de recours contre le véritable débit-enzeliste. Il suffit pour cela que le débit-enzeliste décède en laissant plusieurs héritiers, ou qu'il cède à un ou plusieurs cessionnaires partiels, à titre onéreux ou gratuit, l'immeuble qu'il détient à enzel et qu'il se soit suffisamment écoulé de temps depuis cette cession pour que le débit-enzeliste ait perdu son recours personnel contre lui (T. 2 déc. 1903, B. 04.108 et 109).

II. *Effets du morcellement.*

On a vu que, malgré sa volonté, le crédit-enzeliste peut voir en face de lui, à la place du débit-enzeliste unique qui s'y trouvait, plusieurs débit-enzelistes ? Quelle est la situation de ces débit-enzelistes ? Quels sont les droits du crédit-enzeliste à leur égard ? Chacun des débit-enzelistes est-il personnellement responsable pour la totalité de la rente et peuvent-ils être poursuivis solidairement par le crédit-enzeliste ? Le privilège du crédit-enzeliste se divise-t-il entre les différents lots ou pèse-t-il indivisément sur l'ensemble des lots ?

1° *Solidarité.* — Le droit musulman, tout comme le droit français, connaît la solidarité et, tout comme lui et comme le commande la logique et l'équité, exige qu'elle soit expressément stipulée ; elle ne doit jamais se présumer. C'est dans ces conditions qu'en matière d'enzel, les tribunaux ont admis, tout d'abord en ce qui concerne les héritiers du débit-enzeliste, qu'ils n'étaient pas solidairement tenus entre eux du montant total de la rente et qu'ils ne pouvaient être personnellement poursuivis que pour leur part et portion (T. 17 déc. 1894, B. 95.88). Le principe a été également appliqué dans les mêmes conditions, au cas où le crédit-enzeliste se trouve en présence de sous-enzelistes (T. 25 juill. 1887, B. 89.65, T. 16 avr. 1890, B. 90.117, T. 30 mai 1892, B. 94.525, T. 19 juin 1893, B. 97.228, T. 7 juin 1894, B. 94.416, T. 30 mai 1892, B. 94.525, T. 30 janv. 1895, B. 95.197). Seule une décision isolée, qui n'a pas été suivie, a admis le contraire (T. 18 juin 1898, B. 01.178).

Le Code tunisien des obligations et contrats a repris dans son article 969 cette règle coutumière et dispose : « S'il y a plusieurs tenanciers, le bailleur à enzel n'a action contre

chacun d'eux pour le paiement de la redevance qu'à proportion de sa part de jouissance, à moins que la solidarité n'ait été stipulée. »

2° *Indivisibilité*. — S'il n'y a pas solidarité, il y a au contraire, par application des principes, indivisibilité du gage qui garantit le paiement de la totalité de la rente. En effet, la redevance est garantie par tout l'immeuble et le morcellement intervenu hors de l'acquiescement du crédit-enzeliste n'a pu avoir pour effet de diminuer ses garanties. L'immeuble, dans sa totalité comme dans chacune de ses parties, répond du paiement de l'intégralité des arrérages, de telle sorte qu'en cas de démembrement opéré en dehors du consentement du crédit-enzeliste, ce dernier aurait le droit, à défaut de paiement de la totalité des arrérages échus, de saisir la totalité de l'immeuble, même si le détenteur d'une portion offre sa part dans les arrérages.

L'indivisibilité du droit du crédit-enzeliste a été reconnue et admise par de nombreux jugements (T. 25 juill. 1887, B. 89.65, T. 16 avr. 1890, B. 90.117, T. 17 mars 1893, B. 93.135, T. 15 févr. 1892, B. 93.362, T. mixte, 13 juin 1893, B. 94.78, T. 7 déc. 1893, B. 94.101, T. 7 juin 1894, B. 94.416, T. 30 mai 1892, B. 94.525, T. 2 juill. 1898, B. 01.212), qui ont posé en principe que le crédit-enzeliste peut saisir la totalité de l'immeuble en cas de défaillance de l'un des co-débit-enzelistes, ou demander pour le tout la résolution du contrat de cession à enzel.

De même le crédit-enzeliste peut, en présence d'une demande d'immatriculation concernant un lot détaché de l'immeuble cédé à enzel, exiger l'inscription de son privilège sur le titre foncier pour la totalité de la rente (T. 7 déc. 1893, B. 94.101, T. mixte, 13 juin 1893, B. 99.78).

Le Code tunisien des obligations et contrats (art. 969 al. 2) règle la question dans le même esprit et dispose que, même si la solidarité n'a pas été stipulée, le défaut de paiement par un seul débit-enzeliste autorise le crédit-enzeliste à poursuivre la résolution du contrat ou l'expropriation de l'immeuble pour la totalité de sa créance d'arrérages et à l'encontre de tous les débit-enzelistes. Ceux-ci peuvent arrêter les poursuites en offrant de payer ce qui est dû au propriétaire direct jusqu'à la date de leur intervention.

§ 3. *Expropriation forcée.*

Parmi les causes qui peuvent venir modifier le personnel du contrat d'enzel, se trouve l'expropriation forcée, soit du débit-enzeliste, soit du crédit-enzeliste.

Les conséquences de l'expropriation forcée sont faciles à déterminer. S'il s'agit de l'expropriation du débit-enzeliste, le crédit-enzeliste aura en face de lui un nouveau débiteur; s'il s'agit du cas inverse, c'est le débit-enzeliste qui aura en face de lui un nouveau créancier, mais les droits et obligations des parties en présence ne sont en rien modifiés.

La seule question que se pose est celle des formes dans lesquelles l'expropriation forcée a lieu.

1. *Expropriation forcée du débit-enzeliste.*

Le droit du débit-enzeliste est un droit réel immobilier. Auteurs et jurisprudence sont tous d'accord sur ce point. Le débit-enzeliste sera donc exproprié par les voies de la saisie immobilière, c'est-à-dire, si l'immeuble est immatriculé, en suivant les règles tracées par la loi foncière combinées avec les règles du Code de procédure civile, si l'immeuble n'est pas immatriculé et qu'il y ait un justiciable des tribunaux français en cause, en suivant les règles du Code

de procédure civile français, dans la mesure où les formalités prescrites sont compatibles avec l'organisation administrative et judiciaire de la Tunisie, et, s'il n'est pas immatriculé et qu'il n'y a que des Tunisiens en cause, en suivant les règles établies par le Code de procédure civile tunisien.

II. *Expropriation forcée du crédit-enzeliste.*

On s'est demandé si le bénéficiaire de la rente devait en être exproprié en suivant les règles de la saisie des rentes mobilières ou en suivant les règles de la saisie immobilière. La question ne présentait pas, à vrai dire, de difficulté; celui qui aliène un bien à enzel conserve un droit réel principal (T. 5 août 1893, B. 93.365) matérialisé dans une redevance de nature immobilière. Il en résulte que l'expropriation du crédit-enzeliste ne peut être poursuivie qu'en suivant les règles de la saisie immobilière. Cette solution, conforme aux principes, a été consacrée par la pratique judiciaire en Tunisie.

III. *Expropriation forcée du droit du débit-enzeliste ayant cédé ses droits moyennant une rente.*

1^o *Immeubles non immatriculés.* — La rente du débit-enzeliste sur le sous-débit-enzeliste est de nature mobilière. Il en résulte que l'on devra employer la procédure de saisie des rentes mobilières, c'est-à-dire, si l'on procède devant les tribunaux français, la procédure des articles 636 et suivants du Code de procédure civile (T. 5 août 1893, B. 93.365).

2^o *Immeubles immatriculés.* — La question est plus délicate. Selon que l'on considère la deuxième rente comme immobilière de par sa nature ou simplement mobi-

lière et assortie de garanties réelles, l'une ou l'autre des procédures devra être employée.

Un jugement du tribunal de Tunis (T. 10 nov. 1912, R. A. 13.2.379) semble vouloir faire triompher la première manière de voir et impliquer la nécessité de procéder par voie de saisie immobilière, avec les inconvénients et avantages attachés à cette procédure. Cependant, l'examen de ce jugement nous incline à penser que la deuxième rente inscrite sur le titre foncier est de nature mobilière. Il nous semble donc plus logique d'emprunter, suivant la juridiction compétente, la procédure de saisie des rentes du droit français ou du droit tunisien.

IV. *Expropriation forcée du sous-débit-enzeliste.*

Le droit du sous-débit-enzeliste est un droit réel : il en sera donc exproprié par la voie de la saisie immobilière.

Section II. — Transformation dans la nature du contrat (immatriculation de l'immeuble).

Comment et par la volonté de qui se fait le passage d'un immeuble tenu à enzel du régime musulman au régime de l'immatriculation, quels sont les droits des parties quand la demande d'immatriculation n'émane pas de leur volonté commune ? Telles sont les questions que pose le changement de régime immobilier d'un immeuble tenu à enzel.

I. *Réquisition du débit-enzeliste.*

1° *Liberté absolue du débit-enzeliste.* — Le débit-enzeliste peut, de son seul chef, demander l'immatriculation sans requérir l'autorisation du crédit-enzeliste ni même l'aviser

de son intention. L'article 22 de la loi foncière l'y autorise de la façon la plus expresse. (A. 15 nov. 1899, R. A. 00.2.17). Il en résulte, déclare un jugement, qu'il lui appartient de veiller à la conservation de ses droits et qu'il n'a à cet égard aucun recours à exercer contre le crédit-enzeliste, quand il est évincé par une procédure d'immatriculation introduite par un tiers (T. 16 juill. 1894, B. 94.469). Cependant, ajoute un autre jugement, le débit-enzeliste, quelle que soit l'étendue de son droit et s'il est le premier intéressé à repousser les revendications des tiers, ne représente pas le crédit-enzeliste dans l'exercice du droit réel que le contrat d'enzel laisse entre les mains de ce dernier (T. 27 mai 1895, B. 95.462). On a opposé à cette manière de voir qu'aux termes de l'article 22 de la loi foncière, le débit-enzeliste peut requérir l'immatriculation sans le consentement du crédit-enzeliste, ce qui impliquerait que le débit-enzeliste représente complètement le crédit-enzeliste. En faveur de cette dernière thèse, un jugement du tribunal mixte du 28 mars 1898 (B. 98 278) dispose que toute action intentée par le débit-enzeliste contre des faits pouvant compromettre l'exercice du droit réel qu'il détient et portant atteinte de ce chef aux droits du crédit-enzeliste, doit être considérée comme étant faite tant en son nom qu'au nom de ce dernier.

L'antinomie entre les décisions que nous venons de rapporter ne peut s'expliquer que par des considérations d'opportunité. Dans un cas, il s'agissait pour le débit-enzeliste de défendre les droits du crédit-enzeliste et l'on ne pouvait légitimement imposer au crédit-enzeliste de subir le poids de la collusion possible du débit-enzeliste et du tiers qui revendiquait l'immeuble. Dans l'autre, il s'agissait de permettre au crédit-enzeliste de bénéficier et de se prévaloir d'une opposition à immatriculation introduite par le débit-enzeliste.

Il semble que les magistrats ont admis que les parties en présence au contrat d'enzel se représentent mutuellement pour tous les actes qui ont pour objet de conserver leurs droits, mais cessent de le faire lorsqu'il s'agit de défendre ces mêmes droits.

2° *Conséquences.* — L'application de la nouvelle législation peut sans doute entraîner certaines modifications dans l'exercice ou l'étendue des droits du crédit-enzeliste notamment en ce qui concerne le paiement des arrérages échus, mais le crédit-enzeliste ne peut s'y soustraire. Il va de soi cependant que, si le crédit-enzeliste démontre que l'immatriculation est frauduleuse et n'a été requise par le débit-enzeliste que pour échapper à des engagements formels antérieurement contractés, il conserve l'intégralité de son action personnelle (A. 15 nov. 1899, B. 99.546, R. A. 99.2.17 et les notes).

II. *Réquisition du crédit-enzeliste.*

La loi foncière considère le crédit-enzeliste comme un détenteur de droits réels constatés par un privilège inscrit sur le titre.

Or l'article 22 de la loi foncière de 1885 n'indique pas le crédit-enzeliste comme ayant le droit de requérir l'immatriculation. Elle déclare : « Peuvent seuls requérir l'immatriculation : 1° le propriétaire et le copropriétaire ; 2° l'enzeliste et le coenzeliste ; 3° les détenteurs des droits réels éminents ci-après : usufruit, usage et habitation, emphytéose, superficie, antichrèse ; 4° le créancier hypothécaire non payé à l'échéance, huit jours après une sommation infructueuse, 5° avec le consentement du propriétaire ou enzeliste, ou copropriétaire, ou coenzeliste, les

détenteurs des droits réels énumérés ci-après : servitudes foncières, hypothèques. »

Cet article ne parle pas du crédit-enzeliste et a limitativement énuméré la liste des requérants possibles. Il faut donc exclure le crédit-enzeliste de ceux-ci. Tel n'a pas cependant été l'avis du tribunal mixte (T. mixte, 30 janv. 1896, B. 96. 111), qui a, lorsque la question s'est présentée devant lui, assimilé en droit, sinon en fait, le crédit-enzeliste au créancier hypothécaire et lui a reconnu la faculté, avec le consentement du débit-enzeliste, ou, à défaut, huit jours après une sommation demeurée infructueuse de payer les arrérages échus, de requérir l'immatriculation.

Cette extension ne paraît pas juridique : il y a une telle différence de nature entre le droit du crédit-enzeliste, droit réel principal, et l'hypothèque, droit réel accessoire, que l'assimilation est impossible. De plus, le crédit-enzeliste n'a pas seulement sur l'immeuble un privilège, droit réel accessoire, qui ne constitue pas un démembrement du droit de propriété; il a un droit réel immobilier principal, qui ne se confond pas avec le privilège, comme l'article 13 de la loi foncière le prouve en l'énumérant distinctement des privilèges.

Il en résulte, *a fortiori* la preuve que l'assimilation du crédit-enzeliste au créancier hypothécaire est contraire aux dispositions de la loi foncière.

CHAPITRE VII

EXTINCTION, RESOLUTION ET ANNULATION DU CONTRAT D'ENZEL

Section I. — Causes volontaires.

§ 1. *Le rachat de la rente.*

A côté des avantages que présentaient les rentes d'enzel que le législateur français avait trouvées en Tunisie, il y avait un grave inconvénient : celui de leur perpétuité. Le rachat de la rente due par le débit-enzeliste au crédit-enzeliste peut-il être imposé par le premier au deuxième ? On entend par rachat de la rente, l'opération qui consiste à offrir au crédit-enzeliste, dans le but de libérer définitivement la propriété du fardeau de la rente, un capital représentatif de cette rente.

La convention d'enzel peut évidemment déterminer les conditions du rachat et, le plus souvent même, les contrats de mise en enzel portent que le débit-enzeliste pourra racheter la rente en payant un capital de X fois son montant, le plus communément seize à vingt fois son montant.

Mais lorsque le contrat ne prévoit expressément aucune faculté de rachat, que se passe-t-il ?

Il faut, à cet égard, distinguer soigneusement entre la

période qui va jusqu'au décret du 22 janvier 1905 et celle qui a suivi.

1. *Ancien droit : c'est-à-dire jusqu'au 22 janvier 1905.*

Le principe est très net : A moins de conventions contraires, le crédit-enzeliste ne peut être obligé de recevoir le remboursement du capital de la rente d'enzel. Ce principe incontesté est rappelé dans un jugement du tribunal civil de Tunis du 13 mai 1893 (T. 13 mai 1893, B. 93.131).

Lorsque la faculté de rachat est stipulée expressément, mais que le taux n'est pas indiqué, la coutume admettait comme taux de capitalisation celui de seize (T. 31 déc. 1896, B. 97,101, T. 27 juin 1900, B. 00.502).

II. *Nouveau droit : Le décret du 22 janvier 1905.*

Frappé des inconvénients de l'irrachetabilité et à la suite de vœux émis par les corps élus, le Résident général de Tunisie instituait le 28 novembre 1902 une commission de colonisation, dont l'une des sections s'occupa du taux de rachat des rentes foncières et de la rachetabilité.

Un projet de décret vit le jour dans la séance du 13 juin 1903.

Ce projet était très complet. Il admettait indistinctement la possibilité du rachat pour toutes les rentes nonobstant convention contraire et fixait, à défaut de convention, le taux de rachat à seize pour les immeubles ruraux et à dix-huit pour les immeubles urbains. Les crédit-enzelistes lésés par ce taux voyaient s'ouvrir à leur profit — pendant un court délai — une action en revision de ces taux et en élévation jusqu'au taux maximum de vingt ou de vingt-cinq, selon la nature urbaine ou rurale de l'immeuble grevé de la rente. La juridiction appelée à connaître de ces

actions était une commission arbitrale mixte statuant suivant une procédure simplifiée et sans recours.

Le législateur n'a pas retenu ce projet et en a établi un autre, promulgué le 22 janvier 1905 qui pose en principe que toutes les rentes perpétuelles sont rachetables et établit des distinctions entre les rentes constituées antérieurement à sa promulgation et celles qui le seront par la suite.

1° *Le principe de la rachetabilité.* — Le décret, dans son article premier, consacre le principe de la rachetabilité non seulement des rentes d'enzel, mais plus généralement de toutes les rentes ayant un caractère perpétuel.

Il est évidemment rétroactif, car sans cela, son effort aurait été nul : Il se crée relativement peu de nouvelles rentes d'enzel, alors qu'il en existe beaucoup d'un taux généralement très minime grevant des propriétés d'une valeur considérable.

La clause expresse d'interdiction du rachat, ou celle fixant un taux de rachat supérieur à celui fixé par le décret, doivent être réputées non écrites. Par contre, lorsque le contrat de mise à enzel a prévu la rachetabilité à un taux inférieur au maximum indiqué par la loi, la convention des parties fait leur loi : le rachat est conventionnel et ne se trouve pas soumis aux dispositions du décret.

2° *Le rachat des rentes constituées antérieurement à la promulgation du décret.* — Le législateur, pour des raisons d'opportunité, a estimé utile de distinguer pour les modalités du rachat entre les rentes inférieures à un certain chiffre et les rentes supérieures à ce chiffre. Il faut regretter cependant qu'il ait cru devoir adopter le chiffre relativement trop bas de cent piastres par année égirienne, soit 61 fr. 87 par année grégorienne.

A) Rentes inférieures à cent piastres. — Il n'y a aucun préavis à respecter, quel que soit le bénéficiaire, et le remboursement peut avoir lieu à n'importe quel moment, c'est-à-dire en fait à une date précédant de peu une échéance.

Si la rente rapporte annuellement moins de vingt francs, le rachat a lieu au taux de vingt-cinq. Si elle est supérieure à vingt francs, le taux de rachat est ramené au taux de vingt pour la partie de la rente supérieure à vingt francs (décret du 19 août 1913). Si le crédit-enzeliste accepte le remboursement, l'accord des volontés est souverain et en fixe les modalités.

En cas de refus du crédit-enzeliste d'accepter le remboursement de la rente, le débit-enzeliste doit employer une procédure qui sera différente suivant la nationalité des parties en cause et le statut de l'immeuble, c'est-à-dire suivant qu'il est immatriculé, en cours d'immatriculation ou non immatriculé.

Premier et deuxième cas : Une des parties au moins est justiciable des tribunaux français ou l'immeuble est immatriculé. — Dans ces deux cas, la procédure se déroule, après assignation par huissier, devant le Président du Tribunal civil statuant en matière de référé.

Ce magistrat examine si les formalités et les conditions du rachat sont remplies et rend une ordonnance autorisant le débit-enzeliste à consigner au nom du crédit-enzeliste le capital de la rente et les arrérages non prescrits.

Après signification de l'ordonnance et obtention d'un certificat de non-appel, le débit-enzeliste consigne le prix du rachat à la caisse de la Djemaia des Habous, s'il rachète une rente habous ou, dans les autres cas, à la recette

générale des finances. Le versement une fois effectué est définitif et ne peut plus être retiré par le débit-enzeliste. Il est fait remise aux intéressés d'un récépissé constatant le versement. Ce récépissé sera signifié au crédit-enzeliste pour arrêter définitivement le cours des arrérages, puisque l'ordonnance constatant l'offre de rachat n'oblige le débit-enzeliste qu'à partir de son acceptation par le crédit-enzeliste ou, à défaut d'acceptation, qu'à dater de la consignation.

Si l'immeuble est immatriculé, le débit-enzeliste remet ensuite au Conservateur de la propriété foncière la copie de son titre de propriété, le récépissé de consignation, le procès-verbal de signification de l'ordonnance et le certificat de non-appel. Sur le vu de ces pièces, le Conservateur procédera sur ses registres et sur la copie du titre à la radiation de la rente et du privilège.

Si l'immeuble n'est pas immatriculé, il remet les mêmes pièces au Conservateur, moins la copie du titre et le Conservateur procédera à la radiation du privilège inscrit sur le feuillet foncier ouvert, en exécution du décret du 23 janvier 1935, au profit de l'immeuble.

Des difficultés se présentent quelquefois en raison du nombre imposant de dévolutaires qui peuvent exister pour un bien habous ou en raison de l'éloignement du mokadem. Dans ces cas, on admet qu'il suffit d'assigner la Djemaia des habous en la personne de son président.

Troisième cas : l'immeuble est en cours d'immatriculation. — La procédure se déroule, dans ce cas, devant le tribunal mixte. Le débit-enzeliste dépose au greffe de ce tribunal une requête tendant à faire valider ses offres. Une décision sera rendue, validant ou rejetant ces offres, décision dont le tribunal mixte tiendra compte lorsqu'il

rendra la décision définitive établissant le nouveau titre de propriété.

Quatrième cas : toutes les parties sont tunisiennes et l'immeuble n'est pas immatriculé. — Le Premier Ministre recevra du débit-enzeliste une requête tendant à faire valider ses offres, le crédit-enzeliste sera alors cité par les soins de la direction du service judiciaire devant le tribunal de l'ouzara, qui tranchera la question dans les mêmes formes que pour une affaire ordinaire.

Le débit-enzeliste, muni de son jugement, consignera les fonds soit entre les mains de la Djemaia des habous, soit à la recette générale des Finances. Dès justification de la consignation du capital et production des pièces justificatives nécessaires, le Conservateur fera radier sur le feuillet foncier relatif à l'immeuble le privilège inscrit au profit du crédit-enzeliste par application des dispositions du décret du 23 janvier 1935.

B) Rentes supérieures à cent piastres. — Le décret distingue entre les rentes bénéficiant à des habous privés et les autres.

Premier cas : rentes bénéficiant à des habous privés. — Lorsque la rente est supérieure à cent piastres et que le bénéficiaire est un habous privé, le rachat ne peut être imposé par le débit-enzeliste au crédit-enzeliste et l'accord pour le rachat ne peut provenir que du consentement des parties intéressées.

Pour éviter que des dévolutaires pressés de toucher des fonds ne compromettent les intérêts des dévolutaires futurs, le décret impose au débit-enzeliste de discuter le taux du rachat avec l'administration des habous. Cette

dernière ne pourra d'ailleurs pas accepter un taux inférieur à vingt. Par contre, il n'y a pas de taux maximum imposé, ce qui a entraîné et entraînera des abus. Le taux de rachat une fois arrêté, les opérations de régularisation ont lieu par l'intermédiaire et sous le contrôle de l'administration des habous, qui suivra toute la procédure et recevra les fonds.

Deuxième cas : rentes dues à d'autres bénéficiaires. —

Le rachat des rentes dues à d'autres bénéficiaires que les habous privés se fait obligatoirement au taux de vingt, même s'il a été stipulé un taux supérieur.

Le créancier n'est pas tenu d'accepter les offres sans préavis; un acte extrajudiciaire devra, un an à l'avance, l'avertir de l'intention du débit-enzeliste. Une fois ce délai respecté, la procédure sera la même que pour les rentes d'un montant inférieur à cent piastres. Le décret du 22 janvier 1905 stipule de plus, dans certains actes, que le rachat n'est pas autorisé. Il en est ainsi, durant toute la durée de leur existence, des rentes dues à des crédit-enzelistes qui en étaient titulaires par acte ayant date certaine avant la promulgation du décret.

Par ailleurs, la Djemaia des habous a pu refuser jusqu'au 1^{er} janvier 1910 le remboursement des rentes. De plus, le montant des remboursements imposés à cette administration ne peut chaque année dépasser un maximum déterminé par décret.

3^o *Le rachat des rentes constituées après la promulgation du décret.* — Le décret réglemente également l'avenir et, tout en laissant les parties libres de stipuler les modalités du rachat, interdit tout recours direct, indirect ou déguisé à l'irrachetabilité,

On peut néanmoins stipuler que la rente ne sera pas rachetable durant la vie du bénéficiaire ou pendant un maximum de vingt ans. Les parties peuvent évidemment renoncer à se prévaloir de ces clauses et convenir amiablement d'un rachat. Au cas où rien n'est prévu, il n'y a, pour exercer la faculté de rachat, aucun préavis à respecter, mais les parties peuvent en stipuler un, qui ne devra pas excéder un an.

Que se passe-t-il si le débit-enzeliste qui a notifié son intention de racheter ne peut ou ne veut plus le faire ? Il semble qu'il soit lié et que le crédit-enzeliste puisse exiger en justice le paiement du capital promis.

Les clauses contraires aux stipulations du décret sont réputées non écrites et le débiteur aura, après un préavis de six mois, la faculté de racheter la rente moyennant le paiement d'un capital égal à vingt fois son montant.

La procédure de rachat est identique à celle déjà indiquée.

4° *Dispositions communes à toutes les rentes.* — Le décret se préoccupe de résoudre certaines questions d'ordre pratique. C'est ainsi que, pour éviter toute différence entre rentes calculées à l'année hégirienne et rentes calculées à l'année grégorienne, il fixe l'annuité servant de base au rachat à la somme nette perçue pendant 365 jours.

Il impose avant le rachat le paiement de tous les arrérages échus et non prescrits, rappelle le principe général de l'indivisibilité de la rente et met tous les frais du rachat à la charge du débit-enzeliste.

Le dernier article du décret rappelle qu'en matière d'enzel de biens habous, le débit-enzeliste est libéré par les versements faits à la Djemaia des habous et qu'il n'a

pas à se préoccuper du emploi que cette administration doit effectuer avec les fonds versés.

§ 2. *La confusion.*

L'enzel s'éteint également par la confusion sur la même tête des qualités de débit- et de crédit-enzeliste (art. 976 C.T.O.C.).

§ 3. *La résiliation amiable.*

Ce que la volonté des parties a fait, elle peut évidemment le défaire, mais pour que la résiliation amiable soit opposable aux tiers, il faut qu'ils en soient avertis. On exigera donc à leur égard que le titre de propriété contenant l'acte constitutif de la mise à enzel mentionne la résiliation amiable et soit enregistré (art. 977, C.T.O.C.).

En outre, si l'immeuble est immatriculé, on inscrira la résiliation sur le titre conformément aux principes. Si l'immeuble n'est pas immatriculé, on devra de même inscrire la résiliation sur le feuillet foncier ouvert à son profit sur les registres créés par le décret du 23 janvier 1935.

Section II. — Causes involontaires d'extinction du contrat d'enzel.

§ 1. *La destruction et l'expropriation du fonds.*

1. *La destruction.*

La destruction partielle ne donne en principe pas droit à la réduction de la rente; le débit-enzeliste supporte en effet les chances d'augmentation ou de diminution. Il doit donc supporter les risques et payer la rente (Ouzara,

3 mai 1910, B.10.338). Cependant, la destruction partielle peut donner lieu à une remise proportionnelle de la rente, lorsque cette destruction a une telle importance qu'elle diminue notablement le produit de l'héritage ou le rend impropre à l'usage auquel il était destiné (art. 968 C.T.O.C.).

La destruction totale du fonds est, au contraire, une cause d'extinction de l'enzel, tant pour le crédit-enzeliste que pour le débit-enzeliste (art. 986 C.T.O.C.). Cela se justifie aisément; en vertu de son contrat, le débit-enzeliste est tenu constamment d'une obligation périodique de payer le canon annuel. La destruction totale de l'immeuble, objet du contrat, fait disparaître la raison et la cause de son obligation, de même qu'elle supprime le fondement du droit du crédit-enzeliste établi sur l'immeuble qui a cessé d'exister. En cas de perte de l'immeuble, chacun perd ce qui lui appartient : le débit-enzeliste sa jouissance, le crédit-enzeliste sa rente. Toutefois, nous croyons qu'il faut reproduire ici les mêmes distinctions que dans notre ancien droit et déterminer exactement quel a été l'objet de l'obligation. S'agit-il par exemple d'un terrain sur lequel s'élèvent des constructions qui viennent à être détruites, il y aurait lieu de rechercher si ce sont seulement les constructions ou si au contraire c'est le sol chargé des constructions qui a été donné à enzel. Dans le premier cas, l'enzel sera éteint; il subsistera au contraire dans le second.

II. *L'expropriation.*

A côté de la destruction matérielle, existe l'expropriation totale ou partielle. Dans ce cas, le contrat d'enzel prend fin en tout ou en partie et les principes du droit

commun conduisent à décider qu'il doit être prélevé sur l'indemnité d'expropriation un capital suffisant pour faire face au paiement des arrérages de la rente. Pour les immeubles habous, la question se trouve tranchée en général par le cahier des charges. Celui-ci stipule qu'en cas d'expropriation totale, l'administration des habous prélèvera une somme équivalente à vingt fois le montant de la rente, sans que cette capitalisation puisse toutefois excéder le montant de l'indemnité, l'excédent de celle-ci par rapport à la capitalisation appartenant au débit-enzeliste. En cas d'expropriation partielle, la rente due par l'enzeliste est réduite proportionnellement à la surface du terrain dont il est privé et il a le choix, ou de payer à l'administration des habous vingt fois le quantum de la réduction allouée et de conserver alors la partie non expropriée à charge de supporter la rente réduite, ou d'abandonner complètement la propriété tenue à enzel, qui fait retour à l'administration des habous, sans pouvoir prétendre à une indemnité quelconque, même pour les constructions par lui élevées sur la parcelle du terrain expropriée.

§ 2. *Prescription.*

I. *Immeubles immatriculés.*

1^o *Prescription des arrérages.* — Les arrérages, lorsque le droit du crédit-enzeliste porte sur un immeuble immatriculé, se prescrivent, aux termes de l'article 89 de la loi foncière, par cinq ans.

2^o *Prescription du droit du crédit-enzeliste.* — Le droit à la rente, comme tous les droits réels portant sur des immeubles immatriculés, est imprescriptible depuis l'abrogation par le décret du 15 mars 1892 des articles 300 à 341 de la loi du 1^{er} juillet 1885.

3^o *Prescription du droit du débit-enzeliste.* — Le droit du débit-enzeliste ne peut, toujours par application des principes indiqués plus haut, s'éteindre par prescription.

4^o *Prescription des actions en délivrance et en garantie.* —

Les actions qui appartiennent au débit-enzeliste contre le crédit-enzeliste sont soumises à la prescription de droit commun du droit français, à laquelle, dans le silence de la loi foncière, il faut, aux termes de l'article 2 de cette loi, se reporter. Elles ne sont pas opposables aux tiers dont les droits sont régulièrement constatés sur le livre foncier.

II. Immeubles non immatriculés.

1^o *Prescription des arrérages.* — En droit français, les arrérages de rente se prescrivent, déclare l'article 2277 du Code civil, par cinq ans.

Devait-on appliquer cette disposition aux arrérages de rentes d'enzel, ou fallait-il appliquer au contraire les prescriptions du droit local fixant à quinze ans le délai de la prescription ?

Les tribunaux français saisis de la question ont beaucoup hésité et se sont alternativement ralliés à l'une ou l'autre de ces manières de voir.

Certains jugements ont déclaré l'article 2277 seul applicable, parce que les redevances sont des prestations payées périodiquement et tombent de ce fait, sous la législation d'ordre public établie par l'article 2277 du Code civil (T. 22 oct. 1889, B. 90.110; T. 20 déc. 1891, B.93.346, T. 13 mars 1893, B. 93.131, S. 7 déc. 1899, B. 00.380).

Certains de ces jugements ont émis en outre cette idée que la prescription de cinq ans établie par l'article 89 de la

loi foncière, qui est d'ordre public, doit être, soit à raison de ce caractère (S. 7 déc. 1899, B. 00.380), soit pour des raisons d'analogie (T. 22 oct. 1889, B. 90.110), étendue aux immeubles immatriculés.

Cette jurisprudence ne nous paraît pas fondée. L'immeuble non immatriculé n'est pas soumis à la loi française et la prescription des droits que les parties détiennent sur cet immeuble non immatriculé ne saurait dépendre de leur loi nationale, La loi applicable est celle du statut réel de l'immeuble, c'est-à-dire la loi tunisienne (T. 27 févr. 1888, B. 94.298, T. 2 juill. 1898, B. 01. 212, T. 20 mai 1908, B. 08.555). Restait à écarter l'objection tirée du caractère d'ordre public de la prescription de l'article 2277; les tribunaux l'ont fait en déclarant, conformément à la doctrine de la Cour de cassation, que cet ordre public est purement territorial.

Il est à noter que sur la question voisine relative à la prescription de certains impôts locaux, la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, cassé des décisions des tribunaux de Tunisie ayant admis la prescription de cinq ans établie par l'article 2277 (Cass. 12 déc. 1893 et 7 avr. 1894, B. 94. 10 et 206, Cass. 26 juill. 1894, R. A. 94.2.493, Cass. 18 mars 1895, R. A. 95.2.161).

Cette dernière solution évite d'ailleurs ce résultat choquant de voir des prescriptions différentes jouer selon que le litige est de la compétence des juridictions françaises ou des juridictions indigènes.

La durée de la prescription des arrérages était en droit musulman de dix ou quinze ans selon le rite applicable. Le Code tunisien des obligations et contrats a, dans son article 408, ramené ce délai à cinq ans.

Il a été jugé avec raison que ce nouveau délai ne s'appli-

que pas aux arrérages déjà échus lors de la promulgation du Code tunisien des obligations et contrats (Ouzara civile, 26 mars 1908, B. 08.350).

2° *Prescription du droit du crédit-enzeliste.* — La prescription des droits du crédit-enzeliste se fait conformément au droit commun musulman et la question ne présente d'intérêt que lorsque la prescription du droit du crédit-enzeliste se fait au profit du débit-enzeliste. Le débit-enzeliste qui possède la propriété et qui ne paye pas la redevance, peut-il prescrire à son profit la propriété libre de l'immeuble ?

En droit romain, l'emphytéote, auquel on compare souvent, à tort d'ailleurs, le débit-enzeliste, ne pouvait usucaper la propriété du fonds. M. Clavel en donne comme raison que les droits incorporels n'étaient pas susceptibles d'usucapion et en déduit, le domaine éminent qui manque à l'emphytéote pour devenir propriétaire étant un droit incorporel, que l'emphytéote ne pouvait l'usucaper.

L'argument n'est pas sérieux, car jamais en droit romain, l'emphytéose n'a emporté séparation du domaine utile et du domaine éminent. L'emphytéote était titulaire d'un simple droit réel et, pour devenir propriétaire, ce qu'il fallait usucaper, c'était non ce droit incorporel inconnu du droit romain et que les juristes du moyen âge ont appelé le domaine éminent, mais bien la propriété elle-même. S'il ne pouvait le faire, c'est que précisément étant investi d'un droit réel, il était détenteur pour autrui ; il n'avait pas une possession qualifiée et il ne pouvait en conséquence prescrire contre la propriété. Mais lorsqu'il fut décidé par la Novelle de Théodose que les actions tant réelles que personnelles s'éteindraient au bout de trente ans, l'emphytéote qui avait possédé pendant ce temps sans payer la redevance

put opposer dès lors la prescription *longissimi temporis* contre le propriétaire revendant.

Dans notre ancien droit, où les rentes foncières étaient nombreuses, il était admis qu'après un délai de trente ans, le preneur qui avait possédé l'immeuble sans payer la rente foncière avait prescrit la franchise de cet immeuble. Les uns, comme Pothier, rapportaient exclusivement ce résultat à la prescription libératoire, d'autres, au contraire, soutenaient qu'il s'agissait d'une véritable prescription acquisitive. Troplong (Prescription, n° 2240) reproduit le raisonnement de ces juristes en exposant que le débiteur de la rente possédait pour l'intégralité, en ne payant pas la rente, ce qui ne lui avait été baillé que pour partie, en sorte que « sa possession débordait son titre » ; le domaine éminent qui ne lui avait pas été régulièrement concédé par le bail à rente était donc possédé sans titre et non en vertu d'un titre équivoque ; il pouvait donc invoquer la prescription acquisitive trentenaire établie pour ceux auquel manque le titre.

Le raisonnement peut être reproduit en matière d'enzel. Le débit-enzeliste a, comme le preneur à rente foncière, la propriété de la chose. Il possède en son nom personnel et non pour autrui. S'il détient l'héritage sans payer la rente, il le détient, partie comme propriétaire, partie pour avoir usurpé la portion idéale de la chose représentant la rente. Il peut donc prescrire sans avoir à craindre de se voir opposer son titre. Par suite, il n'est pas nécessaire de soutenir, comme le fait M. Clavel, pour répondre à cette objection, que le possesseur ne peut changer la nature de sa possession et prescrire contre son titre, que ce titre n'existe plus puisqu'il est résolu par le non-paiement de la redevance pendant deux ans. Cette argumentation aurait d'ailleurs

ce résultat singulier d'augmenter de deux ans le délai ordinaire de la prescription, puisque ce n'est qu'à partir de l'expiration de deux ans sans payer la redevance que le titre cessera d'exister et que la prescription commencera à jouer.

La jurisprudence des tribunaux français a toujours admis cette manière de voir.

Si l'immeuble n'est pas habous, elle admet que la prescription s'est opérée au profit du débit-enzeliste par le défaut de paiement des arrérages et la possession publique, paisible et non précaire pendant dix ans ou quinze ans, sans qu'il soit nécessaire de rechercher s'il y a juste titre ou bonne foi (Cass. 10 juin 1877 et A. 18 déc. 1898, indiqués dans T. 15 mai 1893, B. 98.24, A. 27 avr. 1896, B. 97.75, R. A. 97.2.217, T. 17 juin 1896, B. 01.244, R. A. 01.2.323, T. 2 juill. 1898, B. 01.212, S. 19 juill. 1906, B. 07.378).

Si l'immeuble est habous, les conditions de la prescription sont les mêmes, mais le délai est beaucoup plus long : trente-trois ans.

3° *Prescription du droit du débit-enzeliste.* — Le droit du débit-enzeliste peut se prescrire soit au profit d'un tiers, soit au profit du crédit-enzeliste; il n'y a là que l'application des règles du droit commun en matière de propriétés non immatriculées. La prescription se fera soit pour l'enzel seulement, soit, si elle court également contre le crédit-enzeliste, pour la pleine propriété.

Le décret du 23 janvier 1935 est venu ajouter aux règles traditionnelles du droit musulman : 1° des délais de prescription différents suivant que celui qui usucape est de bonne ou de mauvaise foi; 2° la nécessité, pour que le délai de la prescription commence à courir, de faire inscrire le droit en cours de prescription au profit de celui qui prescrit.

4^o *Prescription des actions en délivrance et en garantie.*

— Les actions en délivrance et en garantie du débit-enzeliste contre le crédit-enzeliste sont soumises à la prescription du droit musulman et s'éteignent par le non-usage prolongé (A. 8 mai 1889, B. 93.99, R. A. 90.2.429). Pour être opposables aux tiers ayant régulièrement acquis des droits sur les immeubles qui en sont l'objet, elles doivent être inscrites ou prénotées sur le feuillet foncier.

CHAPITRE VIII

REGLES DE COMPETENCE RELATIVES AUX ACTIONS EN MATIERE D'ENZEL

Section I. — Immeubles immatriculés

§ 1. *Compétence en matière d'actions relatives au payement des arrérages.*

La demande en payement des arrérages devra, selon qu'il y a ou non des Européens aux débats, être portée devant les juridictions françaises ou les juridictions indigènes.

Le contraire a été soutenu; on a prétendu faire application à la matière de la règle posée par l'article 20 de la loi du 1^{er} juillet 1885, suivant laquelle « les immeubles immatriculés ressortiront exclusivement et d'une manière définitive à la juridiction française » et faire juger que la demande en payement des arrérages était toujours de la compétence des tribunaux français. La jurisprudence n'est pas tombée dans cette erreur; elle a fait ressortir que la demande en payement des arrérages ne touche en rien à l'immeuble et constitue une demande personnelle et mobilière. Cependant, lorsque la juridiction tunisienne sera saisie, elle devra surseoir à statuer jusqu'à solution par la juridiction française, si, sur la demande en payement des arrérages, s'élève une discussion de nature à modifier les droits des parties. Elle devra agir de même si

le débit-enzeliste requiert l'application des articles 88 et 89 de la loi foncière et demande l'expropriation préalable de l'immeuble grevé de l'enzel.

La demande en paiement des arrérages, lorsqu'il y aura en cause des justiciables des tribunaux français, devra être portée devant le tribunal ou devant le juge de paix, selon le montant de la demande (T. 15 mai 1893, B. 93.246, T. 17 déc. 1894, B. 95.88), mais le débit-enzeliste aura toujours le droit de requérir l'application des articles 88 et 89 de la loi foncière et de demander à la juridiction saisie de surseoir à statuer jusqu'après l'expropriation de l'immeuble grevé de l'enzel. De même le juge de paix devra surseoir à statuer, si le défendeur conteste le droit à la rente et si sa contestation a un caractère sérieux et non dilatoire.

Quelle est la juridiction compétente *ratione loci* ?

L'action a un caractère mixte, puisque le crédit-enzeliste a contre le débit-enzeliste une action réelle et une action personnelle. Il en résulte que le tribunal du domicile du défendeur et celui de la situation de l'immeuble seront concurremment compétents, au choix du demandeur. Cette manière de voir est conforme à l'esprit des articles 88 et 89 de la loi foncière, qui font du débit-enzeliste un détenteur de l'immeuble, personnellement tenu à titre subsidiaire.

§ 2. *Compétence en matière d'actions relatives au droit à la rente.*

Les contestations sur le droit à la rente, c'est-à-dire en somme, sur le fond du droit, relèvent toujours, aux termes de l'article 20 de la loi foncière, des juridictions françaises.

Ces contestations seront d'ailleurs très rares, car d'une part, le tribunal mixte définit parfaitement les droits des parties et purge l'immeuble de tous les droits occultes qui pouvaient le grever et, d'autre part, le Conservateur de la propriété foncière vérifie soigneusement et méticuleusement les actes qui lui sont soumis et les refuse s'il lui apparaît qu'ils contiennent des causes de nullité ou des clauses ambiguës susceptibles de donner lieu à des interprétations divergentes.

Section II. — Immeubles non immatriculés.

§ 1. *Compétence en matière d'actions relatives au paiement des arrérages.*

Si l'une des parties au moins est justiciable des tribunaux français, la demande en paiement des arrérages doit être portée devant les juridictions françaises : justice de paix ou tribunal civil selon le montant de la demande (T. 1^{er} déc. 1886, B. 89.49, S. 26 oct. 1889, B. 93.92. T. 15 mai 1893, B. 93.256, T. 30 oct. 1893, B. 93.407).

Le juge de paix devra d'ailleurs se déclarer incompétent, si le défendeur conteste le droit à la rente et s'il élève ainsi sur le fond du droit une contestation de caractère sérieux, (T. 25 avr. 1892, B. 94.397, T. 15 mai 1893, B. 93.246, T. 20 juill. 1894, B. 94.473, T. 20 nov. 1894, B. 95.119, J. de P. Tunis-Nord 12 juin 1896, B. 96.530, T. 10 janv. 1898, B. 98.459, S. 20 janv. 1898, B. 98.332, T. 27 juin 1900, B. 00.596, T. mixte 20 févr. 1901, B. 01.249; T. 17 févr. 1902, B. 02.314). De même, si une interprétation du contrat de cession à enzel apparaît nécessaire, le Juge de paix devra se déclarer incompétent (T. 13 nov. 1890, B. 91. 150). Quant

à savoir en faveur de quelle juridiction il devra se déclarer incompétent, c'est là une question qui se rattache à celle de savoir quelle est la juridiction qui doit connaître des litiges sur le fond du droit en matière d'immeubles non immatriculés.

La même question se pose quand, devant le tribunal civil saisi de la demande en paiement des arrérages, le défendeur soulève une contestation sur le fond du droit. Le tribunal civil, juge de droit commun, est-il juge de l'exception ainsi soulevée? Nous étudierons ces questions au paragraphe suivant.

Dans le cas où la compétence *ratione materiae* de la juridiction française n'est pas contestée, quel est le tribunal compétent *ratione loci*?

Une première jurisprudence a déclaré que la demande en paiement des arrérages est personnelle et mobilière et qu'elle doit être portée devant le tribunal du domicile du défendeur (S. 24 oct. 1889, B. 93.92). Mais la jurisprudence, élargissant son point de vue, a admis que l'action est mixte, puisque le crédit-enzeliste a contre le débit-enzeliste une action personnelle et une action réelle et que le tribunal de la situation de l'immeuble peut en connaître concurremment avec le tribunal du domicile du défendeur au choix du demandeur (T. 8 déc. 1902, B. 03.85).

Lorsque les parties sont justiciables des juridictions tunisiennes, les juridictions séculières devront être saisies. Mais en cas de contestations sur le droit à la rente ou sur le fond du droit, ces juridictions qui ne connaissent que des actions personnelles et mobilières (décret organique du 18 mars 1896, art. II), devront surseoir à statuer jusqu'à solution par le tribunal religieux du Chaara de l'exception proposée, à condition toutefois qu'elle ait un caractère sérieux.

§ 2. *Compétence en matière d'actions relatives au droit à la rente.*

Lorsque les parties sont tunisiennes, il n'y a pas de difficulté. L'examen de la contestation incombe au tribunal du Chaara, juridiction religieuse indigène chargée de juger les questions d'état et les questions immobilières.

La question se complique lorsqu'une ou toutes les parties en cause sont européennes. Elle a donné lieu à une littérature doctrinale et à une jurisprudence abondantes. Il ne semble pas que l'unité se soit faite; deux thèses sont en présence : incompétence relative et incompétence absolue des juridictions françaises. La deuxième thèse tend à prévaloir en doctrine et jurisprudence et semble vouloir s'appliquer même au cas où toutes les parties en cause sont justiciables des tribunaux français.

L'examen de la jurisprudence révèle :

a) Que les tribunaux français se déclarent d'office incompétents lorsque aucune des deux parties n'est justiciable des tribunaux français;

b) Qu'ils se déclarent incompétents lorsque l'une des deux parties n'est pas justiciable des tribunaux français et soulève l'incompétence de ces juridictions même en cours d'instance et même pour la première fois en cause d'appel;

c) Que dans la même hypothèse et lorsque les parties ne soulèvent pas la question de compétence, les tribunaux hésitent à se déclarer d'office incompétents et ne le font que s'il y a dans la cause, des circonstances de fait faisant penser que la juridiction du Chaara statuera en meilleure connaissance de cause.

d) Qu'il y a une tendance de ces mêmes tribunaux à se déclarer incompétents même lorsque toutes les parties

intéressées à la solution du litige sont justiciables des tribunaux français, au moins quand l'incompétence de ces juridictions est soulevée *in limine litis* et que les circonstances de fait militent en faveur du tribunal du Chaara, et sauf à connaître à nouveau du litige lorsque aux fins d'exécution, on en demandera l'exequatur.

On peut donc poser en principe que la juridiction la plus généralement compétente en matière de litige sur le fond du droit, sera la juridiction religieuse du Chaara, avec cependant ce correctif, que, s'il y a des Européens en cause, l'exécution de la sentence du tribunal du Chaara ne peut avoir lieu que revêtue de l'exequatur des juridictions françaises, lesquelles, d'après les décisions les plus récentes, ont un pouvoir de revision au fond.

Section III. — Immeubles en instance d'immatriculation.

Les règles de compétence que nous venons d'indiquer relatives aux litiges portant sur le fond du droit ne s'appliquent plus, et la juridiction saisie doit se dessaisir de l'instance au profit du tribunal mixte, si, avant toute défense au fond, la partie citée devant la juridiction normalement compétente demande le dessaisissement de cette juridiction au profit de la juridiction mixte et suit sur sa demande d'immatriculation (art. 35 de la loi du 1^{er} juillet 1885, A. 30 mai 1892, R. A. 92.2.428, J. de P. Tunis-Nord, 16 sept. 1893, R. A. 94.2.164, T. 28 mai 1894, R. A. 94.2.396, A. 23 oct. 1912, R. A. 13.2.177).

CHAPITRE IX

L'ENZEL A REDEVANCE VARIABLE (KIRDAR).

A côté du contrat d'enzel seul, survivant usité des tenures perpétuelles ayant existé en Tunisie, il existe deux autres tenures perpétuelles: la tenure à khoulou, dont nous avons esquissé les grandes lignes et sur laquelle nous ne reviendrons pas, car elle déborde le cadre de notre étude, et la tenure à kirdar, qui est une variété de la tenure à enzel.

Cette tenure, quant à ses modes d'établissement, ses effets, ses causes, ses transformations et ses modes d'extinction ou d'annulation, est identique à la tenure à enzel. Cependant, elle s'en différencie sensiblement par certains points qui en font l'originalité.

§ 1. *Définition de la tenure à Kirdar*

Le kirdar, déclare Seydi Ahmed Ben El Khodja, Cheikh El Islam, dans une consultation remise au premier ministre Kherredine (B. 99, Traduction de M. Abribat), c'est le fait par le preneur avec l'autorisation du bailleur d'élever sur le fonds une construction ou d'acheter cette construction au bailleur, d'y créer une plantation ou de l'acheter au bailleur, ou d'opérer le dessèchement du fonds; en d'autres termes, le kirdar, c'est toute utilité placée à demeure et de bonne foi sur le fonds et la tenure à kir-

dar naîtra lorsque le preneur, en fin de bail, imposera au bailleur de le maintenir sur le fonds moyennant le versement d'une redevance fixée à dire d'experts.

Cette tenure, ajoute le savant jurisconsulte, concilie l'intérêt du bailleur avec celui du propriétaire du « kirdar ». En effet, d'une part, le bailleur touche le prix de la valeur locative du fonds, et, de l'autre, le maître du kirdar ne subit pas le préjudice que lui aurait causé l'enlèvement de sa construction ou de ses arbres, construits, plantés ou achetés de bonne foi, c'est-à-dire avec l'assentiment ou au vu du bailleur.

Cette définition paraît avoir été retenue par le tribunal mixte de Tunisie (T. mixte 23 avr. 1904, B. 04.407, R. A. 05.2.171. voir également R. A. 24.2.91, note Labbe), qui a rejeté une demande d'immatriculation en déclarant que, lorsqu'une fondation habous a laissé des individus s'établir sur ses terres à titre définitif et que ces occupants ont planté, bâti, creusé des puits, établi des villages et des cimetières sans aucune opposition de la part de la fondation propriétaire, laquelle s'est bornée à percevoir des redevances annuelles plus ou moins importantes, suivant l'état de prospérité des établissements qu'elle a laissés se former, elle ne peut pas les expulser purement et simplement quand il lui plaît et s'emparer de ce qu'ils ont créé sur son sol. Il s'est dans ce cas établi, déclare le tribunal mixte, entre la fondation et les occupants, un lien de droit très analogue au kirdar, qui permet à la première, en vertu de son ancien droit de propriété dégénéré en un simple droit réel, de percevoir une redevance annuelle d'une importance à apprécier, et qui autorise les seconds, détenteurs de « l'utilité », à jouir indéfiniment moyennant le paiement de ladite redevance, à moins qu'ils ne préfèrent s'en dégager en abandonnant le fonds.

Cette définition du kirdar, qui semble avoir été imposée au tribunal mixte par les circonstances de fait et les répercussions économiques, sociales et politiques qu'aurait entraînées la spoliation des très nombreuses familles vivant sur l'immeuble dont l'immatriculation était requise, est trop extensive. Il faut définir la tenure à kirdar comme une tenure qui donne au preneur un droit perpétuel d'établissement sur la superficie d'un immeuble moyennant une redevance perpétuelle, variable suivant que l'immeuble acquiert une plus-value ou subit une moins-value (T. 28 mai 1882, B. 90.217, R. A. 90.2.430 et note; T. 27 févr. 1890, B. 91.22, R. A. 90.2.437; T. 30 juill. 1894, B. 94.527, R. A. 95.2.106; T. 1^{er} févr. 1899, B. 99.426, R. A. 99.2.515; T. 21 févr. 1906, B. 06.290). L'idée d'« établissement » que nous retrouvons dans cette définition, montre que si l'institution a évolué, elle n'a pas perdu tous ses caractères. D'un autre côté, la plupart des définitions ont été amenées à préciser cette autre particularité, spéciale au contrat de kirdar, qui consiste à permettre au bailleur de réclamer une augmentation de la redevance promise, lorsque l'immeuble acquiert par lui-même et indépendamment des travaux faits par le preneur, une plus-value notable (T. 28 mai 1886, B. 90.271, R. A. 90.2.430 et note; T. 27 févr. 1890, B. 91.22, R. A. 90.2.437; T. 1^{er} févr. 1899, B. 99.426, R. A. 99.2.515). Ces particularités de la tenure à kirdar indiquées, celle-ci peut être ramenée à la tenure à enzel. En effet, comme dans l'enzel, les droits des parties sont des droits réels immobiliers (T. 27 févr. 1890, B. 91.22, R. A. 90.2.437) opposables aux tiers et établissant entre preneur et bailleur des obligations réciproques (T. 1^{er} fév. 1899, B. 99.426, R. A. 99.2.515).

§ 2. *Domaine de la tenure à kirdar.*

I. Immeubles non immatriculés.

L'ensemble des documents tant doctrinaux que jurisprudentiels que nous possédons sur la question exigent tous, pour que la tenure à kirdar puisse exister, que le bailleur soit une fondation habous. Nous retrouvons cette exigence tant dans la consultation du Cheikh El Islam traduite et commentée par M. Abribat, que dans de nombreux jugements qui, tous posent le caractère habous de l'immeuble qui subit la tenure à kirdar comme évident. Cela se conçoit d'ailleurs aisément; cette tenure, par son mode promitif d'établissement, suppose nécessairement une fondation habous.

Cependant les rédacteurs du Code tunisien des obligations et contrats ont été d'un avis différent et ont admis que la tenure à kirdar peut exister sur des immeubles melks; c'est ainsi que l'article 980 de ce code déclare valable la concession d'un héritage à titre d'enzel moyennant une redevance variable suivant que l'héritage concédé acquiert une plus-value, sans distinguer entre les immeubles habous et les immeubles melks.

La tenure à kirdar n'existe en fait que pour des immeubles ruraux. Les rares contrats d'enzel à redevance variable portant sur des immeubles urbains qui existaient sous le nom de « koukik » ont tous été transformés en contrats d'enzel.

II. Immeubles immatriculés.

La loi foncière ne parle pas du contrat de kirdar. Dans son silence, peut-il faire l'objet d'une immatriculation? Il ne le semble pas. La loi foncière a admis non sans le

modifier d'ailleurs, un seul type de location perpétuelle, parce que, comme le dit M. Labbe, « seul il impose au preneur une prestation consistant uniquement en une somme d'argent fixe et invariable et que les principes sur lesquels est basée la nouvelle loi sont incompatibles avec l'admission de charges indéterminées et variables ».

C'est donc par erreur que, dans les premiers temps de son établissement, le tribunal mixte a immatriculé deux immeubles grevés de kirdar; ces deux inscriptions, qu'il n'est plus possible de modifier, ont donné lieu à de nombreux procès (voir notamment R. A. 24.2.91). Aujourd'hui, la jurisprudence du tribunal mixte est fixée en ce sens que, pour immatriculer une propriété grevée d'un kirdar, il est nécessaire de transformer ce kirdar en enzel et qu'à défaut du consentement des deux parties à cette transformation, l'immatriculation ne peut avoir lieu.

Cette jurisprudence, jointe à l'obligation légale pesant sur tout preneur à enzel d'un bien habous de faire immatriculer la propriété ainsi acquise, rend actuellement impossible la constitution sur un immeuble habous d'un nouveau kirdar.

Il n'y a pas lieu de le regretter et il faut s'étonner que le Code tunisien des obligations et contrats n'ait pas cru devoir interdire pour les immeubles melks la réalisation de nouvelles tenures à kirdar.

§ 3. *Caractères de la tenure à kirdar.*

Le caractère distinctif de la tenure à kirdar, celui qui en fait la distingue le plus de la tenure à enzel, c'est que le canon est variable.

Toute stipulation contraire, à la condition évidemment qu'il ressorte nettement de l'intention des parties de s'en-

gager à kirdar, est nulle (T. 1^{er} févr. 1899, B. 99.426, R. A. 99.2.515), tout au moins s'il s'agit d'un kirdar constitué sur un immeuble habous, pour cette raison qu'une pareille stipulation excède les pouvoirs des mokadems.

Dans quelles conditions la redevance peut-elle être modifiée ?

La doctrine musulmane, la jurisprudence des tribunaux français et les auteurs sont d'accord pour n'admettre la modification que sur la demande du crédit-kirdariste (T. 4 févr. 1899, B. 01.154, R. A. 00.2.329) — deux décisions ont admis cependant le contraire : la première émanant de la Cour d'Alger (26 janv. 1889, B. 90.138) et la deuxième du tribunal de Tunis (28 mai 1886, B. 90.271) mais sans insister sur ce point, qui n'était pas en discussion et auquel la Cour et le tribunal n'ont fait allusion qu'incidemment, et en essayant de définir le contrat de kirdar) — et en raison d'une plus-value du fonds provenant, non de l'œuvre du preneur, mais des circonstances extérieures, par exemple de modifications apportées par le temps dans les conditions économiques du pays (T. 27 févr. 1890, B. 91.22, R. A. 90.2.437, T. 21 févr. 1906, B. 06.290). L'augmentation du canon n'a d'ailleurs lieu que si la plus-value est excessive, de telle sorte que la redevance servie soit inférieure à celle qui ne saurait être admise par des gens sensés, quelque accommodants en affaires qu'ils puissent être, et qu'il y aurait lésion énorme pour le crédit-kirdariste si la redevance était maintenue à son chiffre primitif (mêmes références).

L'augmentation de la rente ne peut avoir lieu si la plus-value du fonds provient du fait du maître du kirdar (débit-kirdariste) de ses travaux, de ses constructions ou de ses plantations; il faut en effet encourager le maître du kirdar

à améliorer le fonds et non à le laisser dans l'état où il l'a pris. Le débit-kirdariste doit bénéficier de l'augmentation de la valeur de son fonds, car celle-ci le compense des impenses. Par contre, il serait injuste qu'il bénéficie des plus-values fortuites.

La question ne se présente d'ailleurs pas toujours d'une manière aussi simple et la plus-value est souvent d'une nature plus complexe. Que se passe-t-il par exemple au cas où le preneur a débarrassé le sol de ce qui le rendait complètement impropre à la culture ? Le droit à l'augmentation de la redevance existe, mais se compense à due concurrence avec le coût des dépenses faites par le débit-enzeliste pour rendre le sol propre à la culture.

L'article 961 du Code tunisien des obligations et contrats reproduit la jurisprudence des juridictions françaises. Il stipule : « en cas de plus-value, le crédit-enzeliste peut demander une estimation de la rente portée au contrat. La nouvelle estimation est faite sur la base de la valeur locative du sol nu, sans tenir compte de la plus-value résultant des constructions, plantations ou autres améliorations ».

A cette question se rattache celle de savoir si le débit-kirdariste peut exploiter les sources, les puits, les mines, les minières, les carrières et les sablonnières qui viennent à être découvertes sur son fonds. Un jugement du tribunal civil de Tunis (T. 1^{er} févr. 1899, B. 99.426, R. A. 99.2.515) a décidé que d'après les principes du droit musulman tunisien, les carrières qui sont découvertes dans un immeuble cédé à kirdar peuvent être exploitées par le preneur, à la condition de payer une augmentation de la redevance. Par contre, les frais exposés pour la découverte de la carrière et sa mise en exploitation se compenseront à due concurrence avec l'augmentation du canon.

L'augmentation de la redevance doit, à défaut d'entente amiable, être demandée judiciairement. Le nouvelle rente est fixée après expertise (T. 30 juill. 1894, B. 94.527, R. A. 95.2.106, T. 1^{er} févr. 1899, B. 99.426, R. A. 99.2.515, T. 4 févr. 1899, B. 01.154, R. A. 00.2.329) par l'autorité judiciaire qui, sur le vu des rapports d'expertise, statue sans être liée par ces rapports. L'augmentation du canon prend son point de départ, non du jour de la demande en justice, mais du jour de la décision qui l'a ordonnée (T. 30 juill. 1894, B. 94.527, R. A. 95.2.106), car cette décision n'est pas déclarative, mais créatrice de droit.

L'augmentation une fois ordonnée, une nouvelle demande d'augmentation ne peut pas être engagée avant un délai que les anciennes coutumes fixaient à trois ans (T. 4 févr. 1899, B. 01.154, R. A. 00.2.329) et que le Code tunisien des obligations et contrats (art. 982) fixe à cinq ans.

Lorsque le débit-kirdariste abuse de sa jouissance en détruisant les améliorations qu'il a apportées au fonds, le crédit-kirdariste est sans droit pour demander sa déchéance ou son expulsion. Cependant si ces améliorations sont le résultat d'une découverte fortuite (carrières, mines, sources), les abus de jouissance du preneur à kirdar peuvent être sanctionnés par la résolution judiciaire du contrat.

§ 4. *Questions de compétence.*

Les règles de compétence sont les mêmes qu'en matière d'enzel. La demande en augmentation de la rente doit-elle être portée devant les juridictions séculières (françaises ou indigènes selon le cas) ou la juridiction religieuse? Le tribunal de Tunis a estimé à juste raison que cette demande tend à modifier le contrat de kirdar et a, par conséquent, un caractère immobilier, qui la rend justiciable de la juri-

diction religieuse indigène (T. 27 févr. 1890, B. 91.22, R. A. 90.2.437).

§ 5. *Rachetabilité du kirdar.*

Le décret du 22 janvier 1905 est-il applicable au kirdar ? On a soutenu la négative en faisant ressortir qu'il est impossible de fixer une fois pour toutes un taux de rachat pour une prestation mobile et dont l'avenir est incertain.

Cette objection n'a pas paru déterminante à M. le conseiller Dumas qui, devant la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, l'a appréciée de la sorte (B. 34.420 à 436).

« Transportons cette objection dans notre droit français : sans doute l'ancien régime a-t-il vu se constituer conventionnellement des rentes perpétuelles analogues au kirdar tunisien, les parties prévoyant la possibilité d'augmenter la prestation du débirentier, suivant des circonstances données. Dirons-nous que les lois du 4 août 1789 (Jur. gén., v^o *Propriété féodale*, p. 332) et des 18-29 déc. 1790 (Jur. gén., v^o *Rentes foncières*, p. 123) ont épargné ces conventions, et que, subsistant encore aujourd'hui, elles continuent de grever la terre d'une charge perpétuelle ? Il saute aux yeux que rien ne serait plus contraire au principe de l'affranchissement de la propriété foncière, qui est une des premières et principales conquêtes de la Révolution ; et ainsi on se rend compte aisément que le caractère perpétuel des charges imposées personnellement au tenancier ou à l'usufruitier d'un immeuble est, avant tout, ce qui est tenu pour intolérable pour toute législation qui en permet le rachat. Toute considération particulière doit céder devant une abolition si étroitement liée à l'intérêt général et à l'ordre public. Il est bien possible que l'ayant droit à une pres-

tation susceptible d'augmentation subisse, du fait du rachat moyennant un capital qui, lui, ne variera pas, un certain dommage; il en est fatalement ainsi de toutes les réformes qui bouleversent, dans une vue supérieure et finalement bienfaisante, un état de choses existant; les atteintes portées, depuis quelques années, au principe de la liberté des conventions, notamment en matière de bail d'immeubles, n'ont-elles pas causé à certaines catégories de personnes un préjudice considérable? Quand, en présence de certaines lésions causées ainsi par la loi nouvelle, le législateur s'en émeut, il le dit sous la forme d'une restriction ou d'une exception au régime qu'il institue. S'il se tait, c'est qu'il n'y attache qu'une importance secondaire et qu'il entend faire plier les intérêts particuliers sous la règle générale. Qu'importe que le créditrentier du kirdar regoive, en échange de sa rente changeante, un capital fixe? Ce que veut le législateur, c'est que toute terre puisse être affranchie. Faire une exception à cette règle essentielle, ce serait violer, en même temps que la lettre de la loi nouvelle, l'esprit même de la réforme. »

D'ailleurs en évaluant le taux de rachat, les tribunaux peuvent et doivent tenir compte des chances de variation de la prestation : ils seront d'autant plus libres que la loi, tout au moins quand la rente annuelle est supérieure à cent piastres, ne fixe pas de taux maximum.

CONCLUSIONS

L'évolution du contrat d'enzel est-elle terminée? Ce contrat a-t-il pris sa forme définitive?

Il ne nous le semble pas.

Les immeubles grevés de rentes d'enzel le sont en général pour des rentes minimales et, dans l'esprit du public, il n'y a absolument aucune différence entre le débit-enzeliste et le propriétaire. La rente d'enzel est considérée comme une charge pesant sur l'immeuble et le crédit-enzeliste comme un simple créancier de l'immeuble.

Il nous paraît nécessaire de hâter cette évolution en enlevant à la rente d'enzel son caractère immobilier et en faisant de l'immeuble le seul débiteur de la rente, le débit-enzeliste ne payant qu'en l'acquit de celui-ci et pour éviter l'expropriation.

Avant de clore définitivement cette étude, il nous faut examiner si l'influence de la doctrine et de la jurisprudence françaises a été utile au développement de l'institution que nous avons étudiée; si, en occidentalisant l'enzel, les autorités ont agi heureusement. Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement. Il n'en est peut-être pas ainsi pour toutes les institutions du droit musulman, du droit kabyle ou du droit berbère que les autorités ont occidentalisées en y introduisant des notions absolument étrangères et peu accessibles à ceux qui n'y ont pas été habitués et dont la manière de raisonner est souvent fort éloignée des Européens.

(René Maunier, *Loi française et coutume indigène en Algérie*). C'est ainsi qu'en matière foncière, la division algérienne des terres en terres melks d'appropriation individuelle et terres arch d'appropriation collective, a entraîné de nombreux conflits. De même, au point de vue social, la modification des caractères traditionnels du habous a eu, en raison de l'imprévoyance des indigènes, des conséquences malheureuses pour les dévolutaires. Mais dans l'institution que nous avons étudiée, l'influence de la France paraît heureuse.

Supprimer la tenure à enzel portant sur des immeubles non immatriculés, aurait apporté un bouleversement énorme dans un pays où cette tenure est très fréquente et amené des milliers de conflits entre les parties en présence. Ne pas l'admettre pour les immeubles immatriculés aurait écarté de l'immatriculation la majorité des immeubles. Il fallait donc conserver l'institution et la réglementer. D'ailleurs, elle présentait une utilité certaine et permettait aux premiers colons d'acquérir de vastes propriétés sans avoir à verser de capital. Pour un pays neuf, sans crédit et où tout était à faire, il y avait un avantage indiscutable à maintenir cette forme de la propriété.

Il faut se rappeler en outre qu'au moment de l'occupation, la notion de propriété foncière et la tenure à enzel avaient presque entièrement terminé leur évolution et que si les juristes musulmans, plus préoccupés de doctrine que de réalité, analysaient la tenure à enzel comme un louage, les tribunaux et les parties en présence la considéraient, déjà avant l'occupation française, comme une véritable propriété, en donnant à ce terme, non les caractères, souvent religieux et collectifs et en tous cas indistincts, indécis et complexes, du droit musulman (Maunier, *Loi française et*

coutume indigène en Algérie), mais les caractères laïques, individuels, distincts et non complexes des législations modernes.

L'œuvre de la France s'est en réalité bornée à codifier le fait et la coutume, et à analyser les droits et actions des parties en présence, en se basant pour cela, non sur les vues théoriques des juristes, mais sur la réalité.

BIBLIOGRAPHIE

I. Périodiques

Journal des tribunaux français de la Tunisie ou « Berge ».
Revue Algérienne et Tunisienne de législation et de jurisprudence.

II. Répertoires

Répertoire de la jurisprudence tunisienne ou *Répertoire* « Berge ».
Robe. — *Tab'es générales* 1887-1910.
Tables centenaires de jurisprudence Nord-Africaine.
Tilloy. — *Répertoire alphabétique.*

III. Articles

Abribat. — Les contrats dérivés du habous, B. 1900.
— Le kirdar en droit tunisien, B. 1899.
— La législation actuelle du habous et les contrats de quasi-aliénation auxquels il a donné naissance, B. 1920 et 1921.
Berge. — Jurisprudence en matière d'enzel, B. 1893.
Bonnard. — Notes sur le habous et le rachat de l'enzel (*Bulletin de la Société de législation comparée*, 1893).
Cardoso. — La Hatzaka dans les anciens Etats de l'Eglise et en Tunisie B. 1917.
Challamel. — Notice sur la législation tunisienne (*Annales législatives françaises*, 1885).
Coulon. — Du rachat des rentes perpétuelles. B. 1905 et 1906.
Labbe. — L'enzel dans la loi foncière tunisienne. R. A. 1916.
Scemla. — Le décret du 23 janvier 1935. (*Petit Matin* du 12 février 1935).
Sumien. — Du contrat d'enzel en Tunisie. R.A. 1893.

IV. Ouvrages

Abribat. — *Essai sur les contrats de quasi-aliénation et de location perpétuelle auxquels l'institution des habous a donné naissance.*

Barrault. — *L'organisation foncière de la Tunisie.*

Clavel. — *Le wakf ou habous.*

Goguyer. — *Choix splendide de préceptes ou petit manuel immobilier.*

Lescure. — *Du double régime foncier.*

Maunier. — *Loi française et coutume indigène en Algérie.*

Mercier. — *Le code du habous.*

Mohamed Kader. — *Du wakf.*

Piolet. — *Le régime de la propriété foncière en Tunisie.*

Soulmagnon. — *La propriété immobilière et le régime des livres fonciers.*

Terras. — *Essai sur les biens habous en Algérie et en Tunisie.*

V. Législation

Lagrange et Fontana. — *Codes et lois de la Tunisie et suppléments. Journal officiel tunisien.*

Vu : Le Doyen,
Edgard ALLIX.

Vu : Le Président de la Thèse,
René MAUNIER.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris.
S. CHARLETY.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Introduction.	1
Chapitre premier. — Les origines du contrat d'enzel	7
<i>Section I.</i> — Les origines anciennes de l'enzel.	7
<i>Section II.</i> — Les origines récentes de l'enzel.	11
Chapitre II. — Les tenures perpétuelles autres que l'enzel ayant existé en Tunisie.	14
<i>Section I.</i> — Du khoulou en général.	14
<i>Section II.</i> — Les différents khoulou.	16
§ 1. Khoulou El Meftah	16
§ 2. Khoulou El Djelgat	17
§ 3. Khoulou En-Nasbat	18
§ 4. Le koukik.....	19
§ 5. Djedariat.....	19
§ 6. Khoulou El Hazakat.....	19
Chapitre III. — Nature et définition du contrat d'enzel.	22
<i>Section I.</i> — Quelle est la loi applicable à la tenure à enzel?.....	22
§ 1. Immeubles immatriculés.	22
§ 2. Immeubles non immatriculés.....	23
<i>Section II.</i> — Nature et définition de l'enzel grevant des immeubles non immatriculés.....	25
§ 1. Le droit musulman.....	25
§ 2. Les précédents historiques.....	27
I. L'emphytéose des Romains.....	27
II. Les baux perpétuels de l'ancien droit français.....	28
§ 3. La jurisprudence.....	30
I. 1 ^{re} thèse : Bail perpétuel.....	30
II. 2 ^e thèse : Bail perpétuel et vente des matériaux.....	32
III. 3 ^e thèse : Partage de la propriété en domaine éminent et domaine utile.....	32
IV. 4 ^e thèse : Propriété grevée d'un droit réel.....	34
<i>Section III.</i> — Nature et définition de l'enzel grevant des immeubles immatriculés.....	35

§ 1. Les conceptions en présence	35
§ 2. La doctrine de la loi foncière	36
Chapitre IV. — Conditions de formation et de validité du contrat d'enzel	39
<i>Section I. — Formation contractuelle</i>	39
§ 1. Immeubles melks	39
I. Immeubles melks non immatriculés	39
II. Immeubles melks immatriculés	43
§ 2. Immeubles habous.	43
I. Historique	44
II. La législation actuelle.	45
1° Les formes de la demande de cession à enzel.	46
2° Les formalités préliminaires aux enchères.	48
3° Les enchères	49
III. Les exceptions à la législation actuelle.	50
1° Locataires à long terme.	51
2° Occupants	52
3° Dévolutaires	53
<i>Section II. — Formation extra-contractuelle</i>	54
Chapitre V. — Effets du contrat d'enzel	56
<i>Section I. — Immeubles non immatriculés</i>	56
§ 1. Droits et obligations du crédit-enzeliste	56
I. Droits du crédit-enzeliste	56
1° Action personnelle	56
2° Action réelle	57
3° Action résolutoire	58
4° Privilège mobilier	61
II. Obligations du crédit-enzeliste	61
1° Obligation de délivrance	62
2° Obligation de garantie	62
§ 2. Droits et obligations du débit-enzeliste	64
I. Droits du débit-enzeliste	64
1° Etendue des droits	64
2° Mines	65
3° Carrières	66
II. Obligations du débit-enzeliste	67
<i>Section II. — Immeubles immatriculés</i>	67
§ 1. Droits et obligations du crédit-enzeliste	67
I. Droits du crédit-enzeliste	67
1° Le privilège	67
2° Les actions	70
A. L'action résolutoire	70
B. L'action réelle	70
C. L'action personnelle	71
a) L'expropriation préalable est-elle nécessaire?	71
b) Droits en matière d'arrérages échus	73
c) Droits en matière d'arrérages à échoir	73
d) L'abandon est-il possible?	74
e) Conséquences du mauvais entretien de l'immeuble	75

f) Droits aux privilèges mobiliers.....	75
II. Obligations du crédit-enzeliste.....	76
§ 2. Droits et obligations du débit-enzeliste.....	76
I. Droits du débit-enzeliste.....	76
II. Obligations du débit-enzeliste.....	77
Chapitre VI. — Transformations du contrat d'enzel	78
<i>Section I. — Transformations dans le personnel.....</i>	<i>78</i>
§ 1. Cession de l'enzel.....	78
I. L'autorisation du crédit-enzeliste est-elle nécessaire?.....	78
1° Immeubles non immatriculés.....	79
2° Immeubles immatriculés.....	81
II. L'enzel est-il cessible moyennant une rente perpétuelle?... ..	81
1° Immeubles non immatriculés.....	81
2° Immeubles immatriculés	83
III. Effets de la cession.....	85
§ 2. Le morcellement et le cantonnement de l'enzel.....	85
I. Le morcellement et le cantonnement sont-ils obligatoires pour le crédit-enzeliste?.....	86
1° Immeubles habous.....	86
2° Immeubles melks.....	88
II. Effets du morcellement.....	89
1° Solidarité.....	89
2° Indivisibilité	90
§ 3. Expropriation forcée.....	91
I. Expropriation forcée du débit-enzeliste.....	91
II. Expropriation forcée du crédit-enzeliste.....	92
III. Expropriation forcée du droit du débit-enzeliste ayant cédé ses droits moyennant une rente.....	92
1° Immeubles non immatriculés.....	92
2° Immeubles immatriculés.....	92
IV. Expropriation forcée du sous-débit-enzeliste.....	93
<i>Section II. — Transformation dans la nature du contrat (immatriculation de l'immeuble).....</i>	<i>93</i>
I. Réquisition du débit-enzeliste.....	93
1° Liberté absolue du débit-enzeliste.....	93
2° Conséquences.....	95
II. Réquisition du crédit-enzeliste.....	95
Chapitre VII. — Extinction, résolution et annulation du contrat d'enzel.	97
<i>Section I. — Causes volontaires</i>	<i>97</i>
§ 1. Le rachat de la rente.....	97
I. Ancien droit, c'est-à-dire jusqu'au 22 janvier 1905.....	98
II. Nouveau droit : le décret du 22 janvier 1905.....	98
1° Le principe de la rachetabilité.....	99
2° Le rachat des rentes constituées antérieurement à la promulgation du décret.....	99
A. Rentes inférieures à cent piastres.....	100
1 ^{er} et 2 ^e cas : Une des parties au moins est justiciable des tribunaux français où l'immeuble est immatriculé.....	100
3 ^e cas : l'immeuble est en cours d'immatriculation	101
4 ^e cas : toutes les parties sont tunisiennes et l'immeuble n'est pas immatriculé	102

B. Rentes supérieures à cent piastres.....	102
1 ^{er} cas : rentes bénéficiant à des habous privés.....	102
2 ^e cas : rentes dues à d'autres bénéficiaires.....	103
3 ^o Le rachat des rentes constituées après la promulgation du décret	103
4 ^o Dispositions communes à toutes les rentes.....	104
§ 2. La confusion	105
§ 3. La résiliation amiable	105
<i>Section II. — Causes involontaires d'extinction du contrat d'enzel..</i>	105
§ 1. La destruction et l'expropriation du fonds.....	105
I. La destruction	105
II. L'expropriation	106
§ 2. Prescription	107
I. Immeubles immatriculés	107
1 ^o Prescription des arrérages	107
2 ^o Prescription du droit du crédit-enzeliste.....	107
3 ^o Prescription du droit du débit-enzeliste	108
4 ^o Prescription des actions en délivrance et en garantie.....	108
II. Immeubles non immatriculés	108
1 ^o Prescription des arrérages	108
2 ^o Prescription du droit du crédit-enzeliste.....	110
3 ^o Prescription du droit du débit-enzeliste.....	112
4 ^o Prescription des actions en délivrance et en garantie.....	113
Chapitre VIII. — Règles de compétences relatives aux actions en matière d'enzel	114
<i>Section I. — Immeubles immatriculés</i>	114
§ 1. Compétence en matière d'actions relatives au paiement des arrérages	114
§ 2. Compétence en matière d'actions relatives au droit à la rente	115
<i>Section II. — Immeubles non immatriculés</i>	116
§ 1. Compétence en matière d'actions relatives au paiement des arrérages	116
§ 2. Compétence en matière d'actions relatives au droit à la rente	118
<i>Section III. — Immeubles en instance d'immatriculation.....</i>	119
Chapitre IX. — L'enzel à redevance variable (Kirdar)	120
§ 1. Définition de la tenure à kirdar.....	120
§ 2. Domaine de la tenure à kirdar.....	123
I. Immeubles non immatriculés	123
II. Immeubles immatriculés	123
§ 3. Caractères de la tenure à kirdar.....	124
§ 4. Questions de compétence	127
§ 5. Rachetabilité du kirdar.....	128
Conclusions	131
Bibliographie	135

